جامعة مولود معمري- تيزي وزو

كلية الحقوق و العلوم السياسية

مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية والسياسية

انحلال العقد عن طريق الفسخ

مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون

فرع: قانون المسؤولية المهنية

إعداد الطالبة :
حمو حسينة

تحت إشراف الدكتور:
عيبوط محند وعلي

لجنة المناقشة:

الأستاذ(د): جعفور محمد سعيد، أستاذ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو ....رئيسا.

الأستاذ (د):عيبوط محند وعلي، أستاذ محاضر(أ)، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....مشرفا ومقررا.

الأستاذ (د) : كتو محمد شريف، أستاذ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو........................ممتحنا.

تاريخ المناقشة: 2011/12/20.

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة شكر

أشكر الله سبحانه وتعالى الذي أمدني بالقوة والصبر طيلة إعدادي لهذه المذكرة ، كما أشكر الأستاذ المشرف عيبوط محند وعلي على توجيهه لي ، وحرصه على إنجاز هذا العمل وإتمامه.

إهــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى :

روح أخي" ماسينيسا "رحمه الله

والدي الغاليين حفظهما الله

أختي و إخوتي

زوجي الغالي الذي وقف بجانبي طيلة مشواري الدراسي و إلى كل عائلته

ابنتي الغالية " مريم" حفظها الله

جدتي

كل الأحباب و الأصدقاء

✍حسينة

قائمة أهم المختصرات

ج جزء

د.م.ج ديوان المطبوعات الجامعية

ص ص من الصفحة إلى الصفحة

ص: صفحة

ط: طبعة

ق م: القانون المدني

ع: عدد

د.ت: دون تاريخ النشر

د.ب.ن: دون بلد النشر

م ق: المجلة القضائية

د.ع.ن.ت: دار العلوم للنشر و التوزيع

د.ن.ت: دار النشر و التوزيع

م.ع.ق.ا: مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية

م.ق.ا.ب.ق.ا: مجلة القانون و الاقتصاد للبحوث القانونية و الاقتصادية

2- باللغة الفرنسية

Ed :Edition

N° : Numéro

Op.cit : Opus citatum

P : Page

Pp : de la page à la page

p.u.f : Presses universitaires de France

Cf : Confère

L.G.D.J : Librairie générale de droit et de jurisprudence

مقدمة

يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزامات التي تربط الفرد في معاملاته مع غيره. إذ أن تعامل الأفراد فيما بينهم يستند في كثير من الأحيان إلى إبرام عقود مختلفة، تنشأ عنها التزامات متقابلة لكلا الطرفين المتعاقدين.

لقد شرعت العقود في مجال المعاملات من أجل إشباع حاجات الأفراد، وتحقيق رغباتهم باعتبار أن العقد هو الوسيلة الفعالة التي يستطيع الفرد أن يحقق بها بعض مصالحه الاقتصادية والاجتماعية، مادامت مصلحته لا تتعارض مع النظام العام والآداب العامة.[1]

فإذا نشأ العقد صحيحا وفقا للأركان والشروط التي يتطلبها القانون ترتبت عليه أثارا قانونية ملزمة لكلا الطرفين، بحيث يصبح المتعاقدان خاضعين لقوة العقد وما يرتبه من التزامات تعاقدية مادامت الرابطة العقدية قائمة.

وإذا كان القانون قد أعطى أهمية كبرى لمرحلة تكوين العقد ، فإن عنايته بتنفيذه لا تقل عن عنايته بتكوينه، لأن المتعاقد الذي يلتزم في مواجهة غيره يهدف من وراء دخوله في العلاقة التعاقدية إلى الحصول على مقابل ما التزم به. الأمر الذي يقتضي سعي الطرفين المتعاقدين إلى إدخال العقد حيز التنفيذ ، لأن الأصل في إبرام العقود هو السعي إلى تنفيذها.

ينبغي على الطرفين المتعاقدين تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه طبقا للقاعدة العامة التي تقضي أن العقد شريعة المتعاقدين. فالعقد خاضع لمبدأ حرية التعاقد وللأفراد أن يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاءون، بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة وبذلك فتنفيذ العقد يكون وفقا لمبدأ حسن النية.

إن واجب حسن النية والثقة والأمانة في فهم وتفسير وتنفيذ العقود، منصوص عليه في معظم القوانين التي تحث باستمرار على إضفاء الطابع الأخلاقي على العلاقات بين المتعاقدين.

1- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن** ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2001، ص 5.

فالقاضي يلزم الأطراف بتنفيذ العقد وفي جميع ما اشتمل عليه طالما أنه نشأ صحيحا. فالقاضي يطبق العقد كما لو يطبق القانون لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين الأطراف، الأمر الذي يقتضي سعي كل طرف في العقد إلى تنفيذ التزامه العقدي دون أي سوء نية .

فإذا نشأ العقد صحيحا وأخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية أو استحال عليه تنفيذها نتيجة السبب الأجنبي، فإن المتعاقد الآخر يكون في وضع غير مريح من الناحية القانونية أو الواقعية . إذ يجد نفسه ملتزما نحو الطرف الآخر من الناحية القانونية، لأن العقد لا يزال قائما . ومن الناحية الواقعية لا يستطيع الحصول على المقابل إما لأنه صار مستحيلا ، أو امتنع المدين عن تنفيذ التزاماته العقدية[1].

وأمام هذا الوضع لا يبقى أمام المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ ، إلا التحلل من العلاقة العقدية التي تربطه بالمدين المخل بالتزامه ، ليتخلص بدوره من الالتزامات الملقاة على عاتقه، في مواجهة المدين المقصر في تنفيذ التزامه. الأمر الذي يجعل الدائن في مركز أقوى لأن القانون قد منحه حقا المطالبة بفسخ العقد، و يكون له هذا الحق استنادا الى المادتين من القانون المدني.

إذا كان القانون يخول للطرف الدائن الحق في التحلل من العقد عند عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه المقابل ، ذلك حماية له من المخاطر والأضرار التي قد تصيبه من جراء عدم التنفيذ ، فإنه وضع ضوابط قانونية تمنع طالب الفسخ من التعسف في استعمال حقه. لأن تعسف الدائن في طلب الفسخ من شأنه أن يقضي على استقرار المعاملات بين الأطراف المتعاقدة، الأمر الذي جعل القانون يحمي العلاقات العقدية عن طريق تخويل القضاء صلاحية التدخل مما يحد من حق الدائن في الفسخ.

فما هو محتوى وأبعاد حق الدائن في فسخ العقد بسبب إخلال المتعاقد معه بالتزاماته العقدية؟

لمعالجة الإشكالية اعتمدت على دراسة فصلين تناولت فيهما ما يلي:

1- حسين تونسي، **انحلال العقد، دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة**، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص33.

الفصل الأول: الحق في حل طلب الرابطة التعاقدية ويندرج ضمنه مبحثين

المبحث الأول: استعمال الدائن لحق طلب الفسخ

المبحث الثاني: الفسخ خيار متروك للدائن

الفصل الثاني: حدود ممارسة الدائن لحق طلب الفسخ ويندرج ضمنه مبحثين

المبحث الأول: دور القاضي في الفسخ القضائي

المبحث الثاني: دور القاضي في الفسخ الاتفاقي

الفصل الأول

الحق في طلب حل الرابطة التعاقدية

الأصل في العقد أنه ملزم للجانبين. فهو يتضمن قوة تحتم على طرفيه الرضوخ له في كل ما يحتويه من بنود لأنه يعد بمثابة قانون للطرفين المتعاقدين ، لا يستطيع أحدهما تعديله أو نقضه إلا بوجود نص قانوني أو اتفاق يقضي بذلك ، إذ يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، شرف التعامل ونزاهة العقد[1].

غير أنه قد يحول دون تحقيق قصد المتعاقدين أمرا عارضا يؤدي إلى حل الرابطة العقدية وزوال كل أثر لها .وقد يرجع ذلك إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، كما قد يكون نتيجة عدم رغبة المدين في تنفيذ التزاماته التعاقدية. وهنا يترتب الفسخ كجزاء على عدم التنفيذ[2].

إن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية يعطي للطرف الدائن في العقد إمكانية التحلل من الرابطة العقدية، ويكون ذلك باللجوء إلى استعمال حق طلب الفسخ ليتخلص من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد (المبحث الأول).

غير أنه للدائن قبل استعماله للفسخ، الحق في أن يطالب بالتنفيذ العيني للالتزام إذا كانت مصلحته تقتضي ذلك، بما أن القانون قد منحه حق الخيار بين التنفيذ والفسخ (المبحث الثاني). ذلك أن التنفيذ هو الأصل في إبرام العقود، بينما الفسخ هو إجراء احتياطي يتم اللجوء إليه في حالة عدم تنفيذ العقد.

1 - المادة 106 من أمر 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975،ج ر 78 لسنة 1975 معدل و متمم.

2 - إبراهيم بن حرير، *السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية* ، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1994 /1995، ص 131.

المبحث الأول
استعمال الدائن لحق طلب الفسخ

يلجأ الدائن في العقد الملزم للجانبين إلى طلب التحلل من الرابطة العقدية التي تربطه بالمدين، في حالة امتناع هذا الأخير عن القيام بما رتبه العقد في ذمته من التزامات. ولقد خول القانون للدائن هذا الحق ضمانا له، فأصبح الفسخ نظاما قانونيا يحمي حقوق الدائن. ويستند هذا النظام إلى عدة أسس قانونية (المطلب الأول). ويمكن للدائن المطالبة بفسخ العقد أمام القضاء أو التمسك بالفسخ الاتفاقي في حالة تضمين العقد اتفاقا بذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول
نظام الفسخ وأساسه القانوني

يعتبر الفسخ نظاما قانونيا مستقرا في الوقت الحاضر بعد أن مر بعدة مراحل، حيث أخذت به معظم التشريعات الحديثة مثل القانون المدني الجزائري فأصبحت له نظرية عامة (الفرع الأول). ولقد تعددت الأسس القانونية التي يقوم عليها هذا النظام (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الفسخ وتمييزه عن النظم القانونية المشابهة

ينشأ عن عدم تنفيذ المدين للالتزام العقدي حق الدائن في التحلل من العلاقة العقدية وذلك عن طريق فسخ العقد(أولا). ولا يعتبر الفسخ النظام القانوني الوحيد الذي يتم عن طريقه التحلل من العقد بل توجد إلى جانبه أنظمة قانونية أخرى، غير أنها تتميز عنه من عدة نواح(ثانيا).

أولا: تعريف الفسخ

يتفادى المشرع قدر الإمكان الانحلال وذلك بتوجهه إلى تشجيع أطراف العقد على تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد المبرم، وذلك نظرا لخطورة نتيجة الانحلال غير أن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، فقد تصل المعاملة إلى الوضع الذي ليس بعده إلا نتيجة واحدة هي انحلال العقد حماية للطرف الدائن في التعاقد[1].

يعتبر الفسخ أحد طرق انحلال العقد، وهو جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين في عقد ملزم للجانبين عن تنفيذ ما التزم به، وهو بذلك حق المتعاقدين في حل الرابطة العقدية إذا لم يف المتعاقد الآخر بالتزامه حتى يتحرر بدوره من الالتزامات التي تحملها بموجب العقد[2].

وبذلك يعد الفسخ نظاما قانونيا يقوم إلى جانب المسؤولية العقدية، وهو يتمثل في الجزاء الذي يترتب على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لما رتبه العقد من التزامات في ذمته. ومعناه حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين في أن يطلب متى لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه حل الرابطة العقدية كي يتخلص بدوره من الالتزام الملقى على عاتقه، فهو انحلال الرابطة التعاقدية بأثر رجعي بسبب عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه[3].

ثانيا: تمييز الفسخ عن الأنظمة القانونية الأخرى

يهدف نظام الفسخ باعتباره نظاما قانونيا، إلى حماية القوة الملزمة للعقد كقاعدة عامة وإلى حماية الدائن في العقود الملزمة للجانبين بصفة خاصة. ولكن تجدر الإشارة إلى أنه لا يعتبر النظام القانوني الوحيد الذي يهدف إلى ذلك. بل توجد إلى جانبه أنظمة قانونية أخرى تهدف إلى تحقيق نفس الغاية، ويتعلق الأمر بالبطلان، المسؤولية العقدية، عدم النفاذ، الدفع بعدم التنفيذ.

1- حسين تونسي، **انحلال العقد...**، مرجع سابق، ص38 .

1- د. توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال ، **مصادر وأحكام الالتزام ، دراسة مقارنة** ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 328 .

2- د. العربي بلحاج ، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، الجزء الأول، التصرف القانوني (العقد و الإرادة المنفردة)، بن عكنون، الجزائر، 2001 ، ص 300 .

تمييز الفسخ عن البطلان

إن العقد إما أن يكون صحيحا وإما أن يكون باطلا بطلانا مطلقا أو قابلا للإبطال أو موقوفا. ولكي يكون العقد صحيحا لابد أن تكون جميع أركانه قد توافرت، وسلمت من الخلل الذي قد يجعلها معيبة. وفي هذا المجال يلاحظ أن المشرع الجزائري حدد القواعد والشروط اللازمة لاعتبار العقد صحيحا بموجب نصوص قانونية هي المواد من 59الى المادة 98 من القانون المدني.

ثم عقب ذلك مباشرة، نظم الجزاء الذي يترتب على عدم احترام هذه النصوص في المواد من 99 إلى 105من القانون المدني. وقد تضمنت هذه المواد نظرية البطلان الذي يؤدي إلى انعدام الأثر القانوني لكل عقد تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته. ومن ثم فإن البطلان هو عبارة عن جزاء صارم وضعه المشرع بالنسبة إلى جميع العقود، وبصرف النظر عن كونها ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد.

جزاء البطلان يختلف من حيث القوة والصرامة باختلاف نوع القاعدة القانونية التي أوجبها المشرع ولم تراع في العقد[1]. بحيث إذا تخلف ركن من أركان العقد أو تخلف فيه شرط من شروط صحته أو اذا نص القانون على ذلك كان الجزاء هو البطلان المطلق. أما إذا توافرت أركانه جميعا لكن كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، أو أصيبت إرادته بعيب من عيوب الإرادة، كان الجزاء أقل صرامة، وهو قابلية العقد للإبطال[2]. ويختلف البطلان عن نظام الفسخ من عدة نواح:

أ-من حيث السبب

يرجع سبب الفسخ إلى عدم تنفيذ أحد المتعاقدين التزامه، و يكون في غالب الأحيان راجعا إلى المدين نفسه. أما سبب البطلان فانه يرجع إلى تخلف أحد أركان العقد أو شرط

1- د عبد الحميد الشواربي، **البطلان المدني**، منشاة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص84.

2-محمد حبار، *بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)* ، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، ،جامعة الجزائر، ص 71.

من شروط صحته أو في حالة وجود نص بذلك في حالة البطلان المطلق. أما في حالة البطلان النسبي فان السبب يرجع إلى كون أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، أو أصيبت إرادته بعيب من عيوب الإرادة وهو ما أخذ به المشرع الجزائري[1]

ب -من حيث الوصف

يرد الفسخ على العقد بعد أن يكون قد نشأ نشأة صحيحة، ويترتب على ذلك أنه منتج لأثاره القانونية منذ تكوينه[2]، مما يعني أن العقد كان صحيحا من جميع جوانبه القانونية[3] . في حين يرد البطلان المطلق على عقود لم تتكون منذ إبرامها تكوينا سليما.[4] وبذلك يكون نظام الفسخ يكون لاحقا لإبرام العقود، بينما لا يكون البطلان لاحقا لإبرامها، بل معاصرا لتكوينها من حيث وجوده[5].

ج -من حيث النطاق

إن نظرية البطلان أوسع نطاقا من نظرية الفسخ، ذلك أن الفسخ يفترض وجود عقد صحيح و لكن واقعة لاحقة على نشوئه هي التي أجازت طلب فسخه والتي تتمثل في عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه. بينما البطلان ليس سببه عدم التنفيذ، كما أن نظرية البطلان تطبق سواء كان العقد ملزما للجانبين أو ملزما لجانب واحد[6].

2- الفسخ و المسؤولية العقدية

يقصد بالمسؤولية العقدية، الجزاء الذي يرتبه القانون نتيجة عدم قيام المدين بالتزاماته التعاقدية. ولما كان الفسخ نفسه هو عبارة عن جزاء يرتبه القانون على المدين المقصر في

---

3 - قارن بين المواد 119 و 120 و 121 المتعلقة بالفسخ، والمواد من 81 إلى 97 المتعلقة بالبطلان بنوعيه .

2- محمد سعيد جعفور، *إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري*، بحث للحصول على دبلوم الماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، جوان 1986، ص 84.

3 - Pierre GUIHO, George PEYRARD, **Droit civil – les obligations,** tome 2 : le régime général**,** L'ermès, Paris, 3ème éd, 1992, p 261

4 - رمضان أبو السعود، **مصادر الالتزام**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، دط ، 2003، ص101.

5 -Gilles CARNOY, La nullité ou la résolution du contrat, p 2, http://www.lecide.fr

6- محمد سعيد جعفور، *إجازة العقد ...*، مرجع سابق، ص 83.

تنفيذ التزامه، فهو يلتقي من هذه الناحية بالمسؤولية العقدية إذ يعتبران جزاءين يرتبهما القانون في الحالتين.[1]

ولكي تقوم المسؤولية العقدية لابد من وجود عقد صحيح لم يقم المدين بتنفيذه، والمقصود من التنفيذ الذي تترتب على تخلفه المسؤولية العقدية هو التنفيذ العيني كقاعدة عامة[2] . غير أن التنفيذ العيني قد يكون غير ممكن سواء بسبب تعنت المدين أو لصيرورته مستحيلا وحينئذ تقوم المسؤولية العقدية ، فيجوز للدائن المطالبة بالتعويض كجزاء عن عدم التنفيذ.ذلك ليس على أساس فسخ العقد لأن العقد لازال قائما، بل على أساس أن المدين أخل بالقوة الملزمة للعقد ، فينال جزاء نتيجة الأضرار التي لحقت بالطرف الأخر[3].

بذلك يتقرر الجزاء الذي نص عليه القانون لفائدة الدائن ضد المدين في مجال العقود، سواء تعلق الأمر بالمسؤولية العقدية أو بنظام الفسخ ،وهذا الجزاء هو الذي يجعل الصلة وثيقة بين النظامين، إذ المستفيد منهما هو الدائن دائما لا المدين.غير أن هناك اختلاف بين النظامين من حيث المبادئ وكذا القواعد التي تحكمهما، وتبدو هذه الفوارق من حيث الجزاء، الضرر، الأثر القانوني، وأساس التعويض.

أ- من حيث الجزاء

يعتبر كل من الفسخ و المسؤولية العقدية جزاء يرتبه القانون على المدين لعدم تنفيذ التزاماته التعاقدية. و يعد هذا الجزاء في نفس الوقت حقا قرره القانون لصالح الدائن يحاسب به مدينه، سواء عن طريق فسخ العقد، أو عن طريق المسؤولية العقدية .

1- Fabric VETU, « L'inexécution contractuelle et la faute délictuelle », R.R.J, Droit prospectif, presse universitaire D'Aix- Marseille, PUAM, 2005, pp 108 - 136 Cf . p 109 .

2- فريدة دحماني، *الضرر كأساس للمسؤولية المدنية*، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2005/2004، ص 20.

3- زهدي يكن، **شرح قانون الموجبات و العقود مع مقارنته بالشريعة الاشلامية والقوانين الوضعية**، مطبعة صارو، بيروت، د.ت، ص87.

ويستوي أن يكون سبب الإخلال لدى الدائن راجعا إلى المدين نفسه أو السبب الأجنبي فحقه في الفسخ لا يسقط في الحالتين. بل غاية ما في الأمر أن التسمية تختلف فقد يسمى فسخا أو انفساخا بقوة القانون[1].

بينما لو يستعمل الدائن حقه في محاسبة مدينه عن طريق المسؤولية العقدية، يختلف الأمر بين عدم التنفيذ الذي يرجع إلى المدين عن عدم التنفيذ الذي يرجع إلى السبب الأجنبي الذي لا يكون للمدين يد فيه، إذ تقوم المسؤولية العقدية في الحالة الأولى، و تنتفي في الحالة الثانية وهو ما تنص عليه المادة 176 من القانون المدني.

ب -من حيث الضرر

يعتبر الضرر شرط من شروط قيام المسؤولية المدنية، مسؤولية تقصيرية أو عقدية .فإذا تخلف الضرر فلا تقوم المسؤولية العقدية و لو لم يكن المدين في العلاقة التعاقدية قد نفذ التزامه، بينما يكفي عدم تنفيذ الالتزام من أجل قيام حق الدائن في فسخ العقد، و هو جزاء في نفس الوقت ضد المدين و لو لم يلحق بالدائن ضرر بمفهومه الدقيق[2].

ذلك أن الفسخ لم ينشأ من أجل جبر الضرر، و إنما وجد لحل رابطة تعاقدية أخل أحد الطرفين فيها بالتزاماته بغض النظر عن وقوع الضرر من عدمه[3]. غير أن هذا القول لا يعني أن الإخلال بالالتزامات التعاقدية التي هي سبب الفسخ لا ترتب ضررا للدائن في جميع الحالات. فقد يتحقق الضرر ورغم ذلك فإن الفسخ الذي يلجأ إليه الدائن لا يكون سببه الضرر، وإنما عدم التنفيذ في حد ذاته، وهو ما يمكن استخلاصه من المادتين من 119 و 120 من القانون المدني.

ج -من حيث الأثر القانوني

يختلف نظام الفسخ عن المسؤولية العقدية من حيث الآثار القانونية التي تترتب عنه ذلك أن تحقق المسؤولية العقدية لا تعتبر حلا للعقد، بل على العكس من ذلك تعتبر تنفيذا

- أحمد سويد ، سلطة القاضي في إيقاع الفسخ القضائي، ص 1 أنظر الموقع
:http://www.cadresonliine.com1

2 - Philippe LE TOURNEAU, **Droit de la responsabilité et des contrats** , Dalloz, Paris, 2ème Ed, 2006, p 260.

3- علي عوض حسن، **الصيغ النموذجية للعقود والتصرفات القانونية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، فسخ العقد، 1998، ص90.

له عن طريق التعويض، وغاية ما في الأمر أنه تم استبدال التنفيذ العيني وهو الأصل بالتنفيذ بطريق التعويض[1].

في حين أنه إذا تحقق الفسخ بصورتيه(القضائي و الاتفاقي) فإن العقد يصبح منحلا، و تزول تبعا لذلك كل أثاره بأثر رجعي، فيعاد كل من الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، مما يدل دلالة قاطعة على أن ذلك لا يعتبر تنفيذا له كما هو الشأن في المسؤولية العقدية[2].

3-الفسخ وعدم النفاذ

لا يعتبر نظام الفسخ النظام الوحيد الذي أقره القانون المدني لحماية للدائن ضد مدينه، بل أقر إلى جانبه حماية أخرى يحققها الدائن عن طريق المطالبة بعدم نفاذ تصرفات المدين في حقه، فقد يحدث في الحياة العملية أن يبرم المتعاقدان عقدا معينا وفقا للقانون فيكون العقد المبرم صحيحا، منتجا لآثاره القانونية، لكن المدين يعمد قبل أن ينفذ العقد إلى بيع أمواله الظاهرة ليخفي ثمنها عن الدائن[3].

ولما كان من الضروري حماية الدائن من هذه التصرفات، قررت القوانين المدنية العربية والغربية أن تصرفات المدين في هذه الحالة لا تسري في مواجهة الدائن. وقد نظم المشرع الجزائري عدم النفاذ في مواضع مختلفة من القانون المدني، ففي مجال العقود التي نشأت سليمة نجد المادة 191 من القانون المدني تجيز للدائن الذي له حق مستحق الأداء، أن يطلب عدم نفاذ تصرفات مدينه التي تضر بحقه إذا كان قد قام بهذا التصرف بقصد الإضرار به.

وتقرر عدم النفاذ كنظام قانوني أصلا من أجل حماية الدائن من تصرفات مدينه خاصة في الوقت السابق على حلول أجل تنفيذ العقد، إذ لا يستطيع الدائن المطالبة بفسخه لهذه العلة. وفي ذلك خطر يهدده فيما لو أصبح مدينه معسرا، ولذلك أجاز القانون للدائن استبعاد ما يتهدده من تصرفات المدين عن طريق عدم النفاذ، وذلك باللجوء إلى استعمال

1- Philippe LE TOURNEAU, **Droit de la responsabilité..., op**.cit, p 261

2 - Patrice JOURDAIN, « Responsabilité civile, droit commun de la responsabilité », Dalloz, RTD, civ, n° 1, Paris, 2008, p 1.

3 - عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد**...، مرجع سابق، ص 139 .

الدعوى البولصية إذا ما توافرت شروطها، فهي تحقق له عدم سريان تصرف مدينه في حقه مع بقاء العقد منتجا لأثاره فيما بين عاقديه[1].

أ-من حيث الأثر القانوني

إن الحكم بعدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنه، لا يؤثر بأي حال من الأحوال على العقد الذي يربط مدينه بمن تصرف إليه، بل يبقى قائما، منتجا لآثاره القانونية بينه وبين المتصرف إليه، بينما إذا تحقق الفسخ فانه يهدم العقد وما رتبه من التزامات تعاقدية بأثر رجعي

ج-من حيث صاحب الحق

يقتصر الحق في التمسك بالفسخ على طرفي العقد، في حين لا يتمسك بعدم النفاذ إلا من لم يكن طرفا في العقد الذي يراد عدم نفاذه تجاهه، فهو يعد من الغير بالنسبة للتصرف الذي قام به المدين مع شخص ثالث[2].

د-من حيث الاستفادة

إذا تقرر الفسخ بأية طريقة من طرق فسخه فإن الذي يستفيد منه مباشرة هو المتعاقد الذي طلبه، وليس للدائنين الآخرين أن يتحللوا من التزاماتهم الناشئة عن ذات العقد الذي تم فسخه لأن العقد لا يزال قائما بالنسبة إليهم.[3]. بينما إذا تقرر عدم النفاذ فإن أثره يشمل جميع الدائنين، ولا يجوز قصره على من طلبه دون بقية الدائنين .

4-الفسخ والدفع بعدم التنفيذ

قد يلجأ الدائن إلى حماية حقوقه في مواجهة المتعاقد معه إلى وسيلة أخرى غير نظام الفسخ، وذلك باتخاذ موقف سلبي يكون ذلك بالدفع بعدم التنفيذ، و قد شرع هذا النظام باعتبار أن العقود الملزمة للجانبين تبنى على أساس التوازن بين الالتزامات المتبادلة، مما لا يحقق الاطمئنان الكامل للمتعاقدين، إذ يخشى أن ينفذ أحدهما ما رتبه العقد من

1 - د عبد الحكم فوده، **البطلان في القانون المدني و القوانين الخاصة**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1993، ص140.

2 - Jean CARBONNIER, **Droit civil , les obligations,** P.U.F, Paris, p330

3 - La résolution du contrat, p 2, voir : http:// www.oboulo.com.

التزامات و يمتنع الطرف الآخر عن الأداء المترتب على عاتقه، فيختل العقد نتيجة لذلك فلا يتحقق التوازن المطلوب بين الالتزامات التعاقدية[1].

و يقصد بهذا النظام حق المتعاقد في العقد الملزم للجانبين في أن يمتنع عن التنفيذ، أو أن يوقف تنفيذ التزاماته مادام الطرف الآخر لم يقم بتنفيذ التزاماته المقابلة، فالدفع بعدم التنفيذ يعتبر بمثابة ضمان لحقوق الدائن، ووسيلة ضغط على المدين وحثه على تنفيذ التزامه.[2]

أ-من حيث الأثر القانوني

إذا تحقق الفسخ فإنه يؤدي إلى حل العقد نهائيا ويعود المتعاقدان إلى ما كانا عليه قبل إبرامه، ولذلك فأثره يشمل كقاعدة عامة الماضي والمستقبل[3]. بينما ليس للدفع بعدم التنفيذ هذه الخطورة من حيث الأثر المترتب عليه، فهو عبارة عن إجراء تأجيلي يترتب عنه توقف الالتزامات[4] دون أن تزول ما لم ينتقل صاحبه من موقفه السلبي إلى مرحلة تالية له وهي فسخ العقد، فيكون في هذه الحالة أمام نظام الفسخ لا أمام الدفع بعدم التنفيذ.

ب-من حيث سلطة القاضي التقديرية

إن القاعدة العامة التي يعمل بها في مجال نظرية فسخ العقد، أن الأمر فيه يعرض على القاضي إذ هو الذي يقرر الفسخ من عدمه ، بينما الوضع على غير ذلك في مجال الدفع بعدم التنفيذ، إذ أن المتعاقد هو الذي يقرره لا القاضي، ومن ثم لا حاجة إلى رفع دعوى لتأكيد الحق في استعماله أو نفيه. وإذا عارض المتعاقد الآخر في استعماله، يقتصر دور القاضي على التحقق من شروطه ليقوم اثر ذلك بإقراره أو عدم إقراره.

ج-من حيث التعويض

يجوز للمتعاقد الذي يتم الاستجابة إلى طلب الفسخ الذي قدمه، أن يطلب فضلا عن ذلك الحصول على تعويض نتيجة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية، و ذلك على أساس المسؤولية التقصيرية. في حين أنه لو اقتصر المتعاقد على الدفع بعدم التنفيذ و أصابه

1 - Jean CARBONNIER, **Droit civil...,** op.cit, p 331.

2 - Rémy CABRILLAC, **Droit des obligations**, Dalloz, Paris, 2 ème Ed, 1996, p 117.

3- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...**، مرجع سابق، ص125

4 - علي فيلالي ، **الالتزامات- النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص361 .

ضرر بعد ذلك، فانه لا يستطيع الحصول على تعويض من المتعاقد الآخر لأن المسؤولية بنوعيها العقدية والتقصيرية غير متوافرة في مثل هذه الحالة[1].

الفرع الثاني

الأساس القانوني لنظام الفسخ

اختلفت الآراء الفقهية و القانونية بشأن الأساس القانوني الذي يقوم عليه نظام الفسخ فهناك من يرده إلى الشرط الفاسخ الصريح (أولا)، و هناك من يرجعه إلى الشرط الفاسخ الضمني (ثانيا). كما أسسه آخرون على فكرة السبب (ثالثا)، و يؤسسه البعض الآخر على فكرة ارتباط الالتزامات (رابعا).

أولا: فكرة الشرط الفاسخ الصريح كأساس للفسخ

يقصد بالشرط اصطلاحا الوصف الذي يلحق بالتصرف القانوني و يتوقف على تحققه الالتزام، و لا يكون داخلا في العقد و لا عنصرا من عناصره. فإذا لم يتحقق الشرط انتفى الالتزام تبعا له و يسمى في هذه الحالة بالشرط الواقف، و قد يتوقف على تحققه زوال الالتزام و يسمى في هذه الحالة بالشرط الفاسخ.[2]

كان الشرط الصريح الفاسخ هو الأساس القانوني الذي يقوم عليه الفسخ، فالمتعاقدان يضعان هذا الشرط خصيصا لهذا الغرض، ولقد ظهر الشرط الفاسخ الصريح باعتباره أساسا للفسخ لأول مرة في القانون الروماني[3].

إن مقتضى الشرط الفاسخ الصريح ،هو أنه لكي يكون هناك محل للفسخ يجب أن يتضمن العقد بندا صريحا على أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، جاز للطرف

---

1 - Philippe LE TOURNEAU, **Résponsabilité civile professionnelle**, Dalloz, Paris, 2ème Ed 2005, p14.

2- د. محمد حسين منصور، **الشرط الصريح الفاسخ**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 15.

3 - د. توفيق حسن فرج، **النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد**، الدار الجامعية، بيروت، 1993، ص50.

الأخر أن يفسخ العقد الذي يربطه به. هذا خلاف الحالات الأخرى التي لا يوضع فيها شرط صريح لفسخ العقد حيث لا يكون محل للفسخ[1].

ثانيا : فكرة الشرط الفاسخ الضمني كأساس للفسخ

تقتضي فكرة الشرط الفاسخ الضمني أنه يجوز فسخ العقود الملزمة للجانبين بجميع أنواعها عندما يتخلف أحد طرفيها عن تنفيذ التزاماته، لا على أساس أن المتعاقدين قد ضمنا العقد شرطا صريحا بذلك كما هو الشأن بالنسبة إلى الشرط الفاسخ الصريح، بل على أساس افتراض تضمين المتعاقدين اتفاقهما شرطا يقضي بفسخ العقد إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزاماته[2].

ويعود أصل هذه الفكرة إلى الفقه الكنسي في تطبيق نظرية الفسخ على العقود الملزمة للجانبين، ثم انتقلت هذه الفكرة من الفقه و القانون الكنسيين إلى الفقه الفرنسي القديم الذي سار في أول الأمر على النهج الذي سار عليه الفقه الروماني.كما انتقلت إلى القانون الفرنسي حيث نصت المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي على ذلك[3].

غير أن كثرة استعمال هذا الشرط قد أدى في النهاية إلى اعتباره موجودا في جميع العقود الملزمة للجانبين حتى لو لم يدرجه المتعاقدان فيها ،و ذلك على أساس أن إرادتهما قد اتجهت إليه عند إبرام العقد. وبالتالي يحق للدائن أن يطالب بفسخ العقد عند عدم تنفيذه من المتعاقد الآخر، ولو لم يتضمن العقد شرطا صريحا بالفسخ.

ثالثا: فكرة السبب كأساس للفسخ

تقوم نظرية الفسخ من جهة أخرى على فكرة السبب بمفهوم النظرية التقليدية حيث يعتبر التزام كل متعاقد هو سبب التزام المتعاقد الآخر، وأن الارتباط الموجود بين الالتزامات المتقابلة والمتصلة بعضها بالبعض يقتضي أن يتحلل المتعاقد من التزامه إذا

1- - د. توفيق حسن فرج، **النظرية العامة ....**، مرجع سابق، ص51.

2-عبد الكريم بلعيور،**نظرية فسخ العقد...**، مرجع سابق، ص 91 .

3 Pierre GUIHO , Georges PEYRARD**, Droit civil**..., Op.cit, p 260.

امتنع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه[1]. ففي مجال عقد البيع يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع ، هو سبب التزام المشتري بدفع الثمن، و سبب التزام هذا الأخير بدفع الثمن هو سبب التزام البائع بنقل الملكية و تسليم المبيع[2].

لذلك، فان عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته يجعل الطرف الآخر ملتزما دون سبب، الأمر الذي يخول له الحق في أن يطالب بالتحلل من الرابطة التعاقدية عن طريق فسخ العقد. و بالتالي تزول التزاماته نحو المتعاقد الآخر الذي امتنع عن التنفيذ

رابعا: فكرة ارتباط الالتزامات كأساس للفسخ

يعود حق المتعاقد الذي لم يحصل على حقوقه في طلب فسخ العقد إلى الترابط الذي يحكم العلاقة التعاقدية بعد نشوئها صحيحة مستوفية لجميع أركانها و شروطها[3] . وفكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة هي عملية فنية في العقود الملزمة للجانبين،إذ تستوجب بقاء الالتزامات المتقابلة مترابطة ارتباطا فنيا بين الطرفين المتعاقدين، لأن رضاء كل منهما بالالتزامات التي تقع على عاتقه إنما يقوم على اعتبار أن المتعاقد الآخر قد تحمل بدوره التزاماته.

لذلك يترتب على انعدام فكرة ترابط الالتزامات من فعل أحد الجانبين الإخلال بالرباط الفني الذي يحكم العلاقة التعاقدية في جميع أجزائها، مما يؤدي تبعا لذلك إلى سقوط الالتزامات الأخرى المقابلة لها، لأن طبيعة العقد في حد ذاتها تقتضي ألا يكون هناك التزام لا يقابله التزام أخر في العقود الملزمة للجانبين[4].

---

1 - Pierre GUIHO, George PEYRARD, **Droit civil**..., Op.cit , p 261.
2 -Christina CORGAS , La résolution du contrat, p 3, voir http://www.Oboulo.Com/ résolution – contrat –36807–html.
3 - François CHABAS, Henri, Léon, Jean(MAZEAUD), **Leçon de droit civil, obligations – théorie générale**, Delta, Liban, 9ème Ed, 2000, p 1140.

4 - Thomas GENICON, La résolution du contrat pour inexécution p 1, voir http://www.lgdj.fr

المطلب الثاني

أوجه فسخ الرابطة التعاقدية

يؤدي العقد الصحيح إلى تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، وهذا التنفيذ يؤكد وجود العقد و استمرار بقائه كسند للحقوق التي نشأت عن تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه، فإذا تم تنفيذ عقد البيع فانه يظل سندا لملكية المشتري.[1] غير أنه قد تطرأ قبل أو أثناء مرحلة التنفيذ بعض الأسباب تحول دون تنفيذ العقد، فيترتب حق للطرف الدائن في طلب فسخ العقد.

الأصل أن يكون فسخ العقد قضائيا (الفرع الأول). غير أنه يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق مسبقا على صلاحية فسخ العقد، بأن يضمنا العقد شرطا يقضي بإمكانية فسخ العلاقة العقدية بمجرد عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الفسخ القضائي أصل في حل الرابطة التعاقدية

عند عدم تنفيذ المدين لالتزاماته المترتبة عن العقد، فإنه ينشأ للطرف الدائن الحق في طلب حل الرابطة العقدية. غير أن نشوء الحق في طلب الفسخ يتطلب توافر شروط معينة (أولا). كما يستدعي من الدائن إتباع إجراءات معينة، لكي يكون طلبه جائزا من الناحية القانونية (ثانيا).

1- د- محمد حسين منصور، **مصادر الالتزام - العقد و الإرادة المنفردة** - الدار الجامعية، بيروت، 2000، ص397 .

أولا: الشروط الواجب توافرها لفسخ الرابطة العقدية

يشترط لمطالبة الدائن بحل الرابطة التعاقدية أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين، وأن يكون هناك أحد المتعاقدين قد أخل بالتزاماته المترتبة عن العقد، بالإضافة إلى قدرة الدائن على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه.

1- أن يكون العقد مصدر الالتزام ملزما للجانبين

يشترط مبدئيا لوقوع الفسخ أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين أي التبادلية[1]. والعقد الملزم للجانبين أو التبادلي هو الذي ينشىء التزامات على كل من طرفيه فيكون كل منهما دائنا ومدينا في نفس الوقت[2]، كعقد البيع فكل من البائع والمشتري يكون دائنا ومدينا في الوقت ذاته، فالبائع يلتزم بنقل الملكية و تسليم المبيع وضمانه، وفي مقابل ذلك يلتزم المشتري فيه بدفع الثمن[3]. و مثاله أيضا عقد الإيجار الذي يلتزم فيه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مع ضمان الانتفاع خلال مدة العقد ويلتزم المستأجر بدفع الأجرة كما يحافظ على العين وردها عند انتهاء العقد[4].

وبذلك يكون مجال الفسخ في العقود الملزمة للجانبين، والتي تنشأ عنها التزامات متقابلة والغاية من ذلك أن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته يجعل من التزامات الطرف الآخر غير ذي معنى، ولذلك يطلب الفسخ[5]. ويعرف القانون المدني العقد الملزم للجانبين في المادة 55 منه بنصه على أنه "يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا."

1 - Christian Lapoyade DESCHAMPS, **Droit des obligations** , Ellipses , Paris , 1998, p 113.

2 -د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني- العقود التي ترد على الملكية-**المجلد الثاني، الإسكندرية، د.ت.ن، ص423.

3 - Jaque GUESTIN, Christophe JAMIN, More BILLIAU, **Traité de droit civil, les effets du contrat**, L.G.D.J, Paris, 2ème Ed, 1994, p 16.

4- د. محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني، مصادر الالتزام (العقد و الارادة المنفردة)**، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، **2001** ، ص 60 .

5 - Jean CARBONNIER, **Droit civil**..., Op.cit, p319.

إن الحكمة من هذا الشرط أن العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي تنشأ عنها إلتزامات متقابلة، فهذه وحدها تتحقق فيها حكمة القاعدة و يتوافر فيها الأساس القانوني الذي بنيت عليه، ذلك أن قاعدة الفسخ مبنية على العدالة، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه جاز للأخر أن يتحلل من إلتزامه عن طريق فسخ العقد، وهذه الاعتبارات لا تكون إلا في عقد ملزم للجانبين[1].

2-إخلال المدين بالتزام تعاقدي حال وقائم

يشترط لمطالبة الدائن بحل الرابطة العقدية أن يخل المدين بالتزام عقدي، وأن يكون هذا الإخلال قد وقع فعلا أو على الأقل وشيك الوقوع.

أ- إخلال المدين بالتزامه

للدائن مصلحة في طلب فسخ العقد بمجرد عدم تنفيذ الالتزام بسبب يرجع إلى خطأ المدين، و يستند طلب الفسخ إلى نص المادة 119 من القانون المدني التي تخول للمتعاقد الدائن حق المطالبة بالتحلل من العلاقة العقدية بسبب عدم تنفيذ المدين لالتزاماته. و يتعين للمطالبة بفسخ العقد وقوع الإخلال فعلا أ وأن يكون على الأقل وشيك الوقوع.

- وقوع الإخلال أو صيرورته مؤكد الوقوع

يشترط لوقوع الفسخ أن يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه امتناعا كليا أو جزئيا[2]، لكن بالنسبة للامتناع الجزئي فإنه يجب أن يكون القدر المتبقي من الالتزام على قدر من الأهمية بحيث يبرر إيقاع الفسخ[3]. فإذا كان القدر المتبقي من الالتزام بسيطا بالنسبة للالتزام الكلي فانه لا محل للفسخ، إذ تعد المطالبة به نوعا من أنواع التعسف.[4]

- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري**، دار احياء 1التراث العربي، بيروت، ص 204 .

2- محمد عبد الله حمود، **إنهاء العقد بالإرادة المنفردة**، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 45

3 - Jérôme HUET, **Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux**, P.U.F, L.G.D.J, (EJA), Paris , 1996, p 361 .

2- د. عبد الحكم فوده، **إنهاء القوة الملزمة** ...، مرجع سابق، ص 200 .

وبذلك يكون عدم التنفيذ أنواع، عدم تنفيذ نهائي وعدم تنفيذ مؤقتو قد يكون تأخير في التنفيذ. فعدم التنفيذ النهائي يتحقق عندما يرفض المدين أن ينفذ أو عندما يستحيل عليه أن ينفذ، ولا صعوبة فيما يتعلق بعدم التنفيذ الكلي[1]. إنما تثور الصعوبة إذا كان عدم التنفيذ النهائي جزئيا ويكون الحل بالنظر إلى معرفة ما إذا كان تخلف الكمية أو الكيفية في الأداء من الأهمية بحيث يترتب عليها فوات المنفعة التي يرجوها الدائن من الأداء، أو ما إذا كانت مصلحة الدائن قد تحققت إلى حد كبير رغم عدم التنفيذ الجزئي.[2]

أما عدم التنفيذ المؤقت، فهو التأخير في تنفيذ الالتزام. ويحصل هذا عندما يكون التنفيذ لا يزال ممكنا و يكون الدائن مستعدا للقيام به. وقد يتأخر المدين في تنفيذ التزامه كله أو في جزء منه فقط، و لا يجوز اعتبار التأخر في التنفيذ كعدم التنفيذ، لأن التأخير الذي ينصب على الالتزام لا يزال تنفيذه ممكنا، و بالتالي يمكن للمدين تنفيذه في أي وقت.[3]

بينما يصعب تقدير جسامة عدم التنفيذ عندما لا ينفذ المدين إلا جزء من الأداء المتفق عليه، أي عندما نكون بصدد عدم تنفيذ من حيث الكم يمنع الدائن من الحصول على ما كان يرجوه من العقد، الأمر الذي يؤدي إلى فسخ العقد. أما إذا كان عدم التنفيذ لا يبلغ حد الجسامة التي تعرقل الدائن من الحصول على ما يبتغيه، فانه لا يجوز له الحصول سوى على تعويض الضرر.[4]

فمثلا إذا قام الممول بتوريد جزء من المواد الأولية التي التزم بتوريدها، و كان يمكن للدائن أن يحصل على جزء آخر من هذه المواد في مكان آخر لكن بثمن مرتفع. فبدلا من فسخ العقد يقوم المدين بتعويض الضرر المترتب عن الخسارة التي لحقت بالدائن من جراء دفعه سعر مرتفع[5].

وللدائن في القانون الأنجلو أمريكي الحق في أن يفسخ العقد جزاء لجحود المدين، كما لو كان

---

1 - Pierre GUIHO, George PERYARD**, Droit civil…,** Op.cit. p 264.

2- د. عبد الحي حجازي، " مدى خيار الدائن بين التنفيذ و الفسخ" ، م.ع.ق.ا ، ع 1، س 1، 1959، ص 53.

3- عبد الكريم بلعيور ، **نظرية فسخ العقد...**، مرجع سابق، ص 112.

4 - François collart DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE, **Contrats civils et commerciaux**, Dalloz, Paris, 3èmeEd, 1996, p 201.

5 - Pierre GUIHO, George PEYRARD, **Droit civil**…, Op.cit, p 259.

هذا الأخير قد أخل بالتزامه بعد حلول الأجل المحدد للتنفيذ، ويترتب على فسخ العقد انتهاء العقد كلية وانقضاء حقوق و التزامات المتعاقدين الناشئة عنه، بحيث لا يكون العقد بعد فسخه صالحا لترتيب أي أثر بما في ذلك الحق في التعويض. فالدائن الذي يفسخ العقد بسبب جحود مدينه لا يجوز له أن يطالب هذا الأخير بتعويض الأضرار التي أصابته من جراء هذا الجحود[1].

- **استمرار الإخلال قائما حتى صدور الحكم النهائي بالفسخ**

يجب أن يستمر الإخلال بالالتزام قائما حتى صدور الحكم النهائي أي صدور حكم محكمة الدرجة الثانية إذا كان محل الالتزام قابلا للاستئناف، فإذا كان الإخلال قد زال فلا محل للفسخ، ومن ثم فللمدين أن يتوقى الفسخ إذا سارع بتنفيذ التزامه قبل صيرورة الحكم نهائيا.[2]

-عدم التنفيذ غير راجع إلى سبب أجنبي

إذا كان عدم تنفيذ المدين لالتزامه راجعا إلى سبب أجنبي، فإننا لا نكون بصدد فسخ العقد بل بصدد انفساخه. و لذلك حتى يمكن القضاء بفسخ العقد يتعين أن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى فعل وإرادة المدين ذاته، كما في حالة صيرورة التنفيذ العيني مستحيلا بفعل المدين.[3] ولقد نصت المادة 106 من القانون المدني على أن" العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

على أن ضرورة مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود لا يعتبر التزاما قائما بذاته ومستقلا عن باقي الالتزامات التي يرتبها العقد، فهي لا تفرض على المدين أداء معينا ولا توجب عليه اتخاذ مسلك محدد مقدما. ولذلك فان تقرير ما إذا كان المتعاقد قد راعى حسن النية في تنفيذ التزاماته، هي مسألة موضوعية يفصل فيها القضاء بالنظر إلى ظروف

1- محمد لبيب شنب، " الجحود المبتسر للعقد "– دراسة في القانون الأمريكي مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي- القسم الثاني، م.ع.ق.ا ، مطبعة جامعة عين شمس، ع 1، س 3، مصر، 1961، ص 140.

2- و في هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الأخر متخلفا عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي ، و له أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره ويستوي في ذلك أن يكون حسن النية أو سيئ النية، إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام). نقلا عن د. عبد الحكم فوده، **إنهاء القوة...**، مرجع سابق، ص 201.

- د. عبد الحميد الشواربي ، **فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه**، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط 3، د.ت.ن، ص 273 .

الحال التي تم فيها هذا التنفيذ[1].

وهناك نوعان من الالتزامات الالتزام بتحقيق غاية و الالتزام ببذل عناية. فهناك التزام لا يكون تنفيذه إلا بتحقيق غاية معينة هي محل الالتزام كالالتزام بنقل حق عيني، والالتزام بعمل معين. فهذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة هي نقل الحق أو القيام بعمل.[2] أما الالتزام ببذل عناية، فهو التزام لا يرمي إلى تحقيق غاية معينة بل هو التزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض، سواء تحقق الغرض أو لم يتحقق. فهو التزام بعمل ولكنه لا يتضمن نتيجة والمهم فيه أن يبذل المدين في تنفيذه مقدارا معينا من جهده والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التي يبذلها الشخص العادي، فمتى بذل المدين العناية المطلوبة فيه، يكون قد نفذ التزامه حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود[3].

يجب أن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى فعل المدين، فلا يجوز للدائن طلب الفسخ إذا كان هو المتسبب في عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، كما لو رفض قبول الوفاء المعروض عليه، أو كان للمدين حق الامتناع عن الوفاء[4].

إن عدم التنفيذ الذي يعتد به في مجال الفسخ، هو عدم التنفيذ الذي يتسبب فيه أحد المتعاقدين نتيجة خطئه المتعمد أو إهماله أو اللامبالاة لما رتبه العقد من التزامات تعاقدية لها اعتبارها في المعاملات[5]. و بالتالي لا يجوز للدائن أن يقيم دعوى من أجل فسخ العقد إذا كان هو المتسبب في عدم التنفيذ، كعدم القيام بالأداء المطلوب من جانبه، أو مساعدة

1- - د. عبد الحميد الشواربي ، **فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه**، مرجع سابق، ص 148 .

2 - Philippe LE TOURNOU, **La responsabilité civile**.., Op.cit, p 26.

3- د. عبد الحميد الشواربي ، **فسخ العقد في ضوء ...**، مرجع سابق، ص 28 .

4- ياسين محمد الجبوري، **الوجيز في شرح القانون المدني الأردني**، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص103.

5 - Thomas GENICON , La résolution du contrat pour inexécution, p 4, voir http://www.lgdj.fr.

المدين حتى يمكن أن ينفذ التزامه ومثال ذلك رفض البائع مساعدة المشتري في اتخاذ إجراءات تحويل رخصة السيارة المبيعة باسمه[1].

ب - وقوع الإخلال بالتزام عقدي

لا يطالب الدائن بحل الرابطة العقدية إلا في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي[2] وعدم التنفيذ قد يكون كليا أو جزئيا، وقد يكون في الالتزامات الرئيسية كما قد يكون في الالتزامات الثانوية، كما أن التأخر في تنفيذ الالتزام يعطي الحق في طلب الفسخ[3].

فلا يحكم القاضي بالفسخ إذا انتفى خطأ المدين، أو كان عدم التنفيذ هو السبب الأجنبي، فالخطأ اللازم توافره لإمكان فسخ العقد هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه عمدا أو عن إهمال أو عن فعله، فهو لا ينفذ ما يرتبه العقد من التزام في ذمته بطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية في تنفيذ العقود[4].

واستنادا إلى الاجتهاد القضائي فقد قضت المحكمة العليا بأنه للدائن الحق في طلب فسخ عقد الإيجار بسبب رفض المستأجر إرجاع العين المؤجرة إلى حالتها الأصلية، حيث أنه قد أبرم عقد إيجار بين الطرفين (أ) و (ب) فلم يحترم هذا الأخير بنود العقد وقام بإحداث تغييرات في العين المؤجرة، و لما طالب المؤجر إزالة هذه التغييرات امتنع المستأجر عن ذلك مما دفعه إلى المطالبة بفسخ العقد، لذلك قضت المحكمة بحق المؤجر في فسخ العقد طالما ثبت أن هذه التغييرات تشكل خطرا مبررا[5]

ج - وقوع الإخلال بالتزام حال وقائم

لكي يسأل المدين عقديا يجب أن يكون قد أخل بالعقد الذي أبرمه، و الإخلال بالعقد هو عدم تنفيذه كما هو متفق عليه في الموعد المحدد لذلك. فلا يتحقق الإخلال إذا لم يكن

1- د. عبد الحكم فوده ، **إنهاء القوة الملزمة...** ، مرجع سابق، ص 206

2 - Vincent FORRAY, **Le consensualisme dans la théorie générale du contrat**, bibliothèque de droit privé, , L.G.D.J, Paris, 2007, p 559.

3 - Pierre GUIHO, George PEYRARD, **Droit civil...,** Op.cit, p 264.

4 - Inexécution des obligations et résolution p 3, http://www.lexinter.net.

5- قرار المحكمة العليا رقم 262005 الصادر في 2002/01/08، م ق، ع 2، 2002، ص ص 263-269 .

الموعد المحدد لالتزاماته قد حل، إذ يشترط في التزام المدين أن يكون حالا محقق الوقوع[1] .

كما يشترط لكي يطلب الدائن من مدينه فسخ العقد أن يكون الالتزام قائما، و يقصد بذلك أن لا يكون الالتزام قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء الذي يجعل رفع دعوى الفسخ من دون محل، و تتمثل هذه الأسباب فيما يلي:

أ-الوفاء : و يقصد به الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام، لأنه يعني أن المدين قد نفذ ذات الالتزام الذي تعهد به، سواء كان ذلك بدفع المبلغ النقدي، أو بتسليم المبيع، أو القيام بالعمل المتعاقد عليه، فالوفاء كما يعتبر طريقا لانقضاء الالتزام يعتبر أيضا طريقا لتنفيذه[2].

ب-ما يعادل الوفاء:و يكون ذلك عن طريق الوفاء بمقابل، أو التجديد، والإنابة، أوالمقاصة أو اتحاد الذمة. والعامل المشترك الذي يجمع بين هذه الأسباب هو أن ذمة المدين تبرأ دون الوفاء بما التزم به[3]. و نتطرق الى هذا بالتفصيل.

الوفاء بمقابل: يقصد بالوفاء بمقابل قيام المدين بأداء شيئا خر خلاف ما تعهد به، ويقبل الدائن هذا الشيء كبديل لما التزم به، كأن يقدم المدين للدائن منقولا في مقابل المبلغ الذي في ذمته، فيقع بذلك نوعا من المبادلة بين الطرفين.[4]

التجديد و الإنابة: يقصد بالتجديد استبدال التزام جديد بالالتزام القديم في عنصر من عناصره، فبالتجديد ينقضي الالتزام القديم وينشأ التزاما جديدا يحل محله، و الالتزام القديم لا ينقضي إلا إذا حل محله التزاما آخر باتفاق الطرفين. ويشترط لذلك أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى التجديد، ومثال ذلك أن يستبدل بدين المبلغ التزاما بإيراد مرتب.[5] أما

1 - Fabric VETU, « L'inexécution contractuelle... », Op.cit, p132.

2- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الموجز في** ...، مرجع سابق، ص 553.

3- د. محمد صبري السعدي ، **القانون المدني** ...، مرجع سابق، ص 68 .

4- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الموجز في** ...، مرجع سابق، ص 567.

5- د. عبد الحكم فوده، **إنهاء القوة الملزمة** ...، مرجع سابق، ص 110.

الإنابة فهو يؤدي إلى إحلال الغير محل المدين للوفاء بالالتزام. ويقصد به أن يبرم المدين مع الدائن اتفاقا يقبله طرفا ثالثا هو المناب، يحل بمقتضاه محل المدين في الوفاء بالالتزام، وبذلك تبرأ ذمة المدين وينقضي التزامه في مقابل بقاء المناب ملتزما في مواجهة الدائن[1].

-المقاصة: يقصد بالمقاصة انقضاء الالتزام عندما يكون كل من المتعاقدين دائنا و مدينا في نفس الوقت، ويتحقق الانقضاء بمقدار أقل الدينين. و المقاصة تكون إما قانونية أو اختيارية أو قضائية، والمقاصة القانونية تقع إذا كان الدينان بين نفس الشخصين واردين على نقود أو مثليات متحدة في النوع خاليان من النزاع و مستحقي الأداء، صالحان للمطالبة بهما قضائيا فإذا تحققت هذه الشروط و تمسك أحد المتعاقدين بالمقاصة وقعت و انقضى الدينان من الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة.[2]

ج-انقضاء الالتزام دون وفاء أو ما يعادل الوفاء

-الإبراء: هو نزول الدائن عن حقه تجاه المدين بدون مقابل، و بالتالي فهو عمل من أعمالا التبرع، فالإبراء ينقضي به الالتزام دون ان يحصل الدائن على شيء من أصل الدين و يكون ذلك برضاه[3].

-استحالة التنفيذ: ينقضي التزام المدين إذا أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا لسبب أجنبي لا يد له فيه، فالانقضاء مشروط بأن تكون الاستحالة تامة. أما إذا كان الالتزام مرهقا فقط فان ذلك لا يؤدي إلى انقضائه، بل تطبق في هذا المجال نظرية الظروف الطارئة، كما يشترط أن يكون مرد الاستحالة سببا أجنبيا، ويقصد به الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ الدائن نفسه[4].

1- - د. عبد الحكم فوده، **إنهاء القوة الملزمة ...**، مرجع سابق،ص 321.

2-مرجع نفسه، ص321.

3- صالح كردالي، *الإبراء من الالتزام في القانون المدني الجزائري*- دراسة مقارنة- بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1987/1986، ص ص 7-8.

4- د. محمد حسين منصور ، **مصادر الالتزام...**، مرجع سابق، ص 414 .

3-قدرة الدائن على إعادة الحال إلى ما كانت عليه

يتعين للاستجابة لطلب الفسخ أن يكون طالبه قادرا على إعادة الحال إلى ما كانت عليه، بمعنى أن يكون قادرا على رد ما أخذه. فإذا لم يكن قادرا على ذلك، فلا ينبغي أن يستجاب لهذا الطلب لأنه لا يستطيع ترتيب أثر الفسخ في ذمته[1].

فلو باع المتعاقد الشيء الذي اشتراه و سلمه إلى شخص آخر، فانه لا يستطيع طلب فسخ العقد و استرداد الثمن، ذلك لأنه ملتزم في مواجهة من باع له الشيء بضمان عدم التعرض، وبالتالي لا يستطيع أخذ الشيء من يد المشتري الثاني و تسليمه للبائع في مقابل استرداد الثمن، ومن ثم تكون دعواه بالفسخ مرفوضة لافتقادها لأحد الشروط الجوهرية لقبولها[2].

غير أنه لم يرد هذا الشرط في نص المادة 119من القانون المدني التي حددت الشروط الواجب توافرها لطلب الفسخ، و لكنه يستخلص من الآثار القانونية التي يرتبها فسخ العقد طبقا لما ورد في نص المادة 122 من القانون المدني، إذ يترتب على حل الرابطة التعاقدية عن طريق الفسخ نتيجة حتمية و هامة، و هي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[3].

ثانيا-الإجراءات القضائية لفسخ العقد

عند عدم تنفيذ المدين لالتزاماته المترتبة عن العقد ، ينشأ للدائن الحق في طلب حل الرابطة العقدية، ويعد هذا الحق وسيلة للتخلص من الالتزامات التي تقع على عاتقه . غير أن نشوء الحق في فسخ العقد يتطلب من الدائن إتباع إجراءات معينة، فيجب عليه قبل رفع دعوى لطلب الفسخ أن يقوم باعذار المتعاقد الأخر.

1- د. أمير خالد عدلي، **فض المنازعات في ضوء القانون...**، مرجع سابق ، ص 117 .[1]

2- د. عبد الحكم فوده ، **إنهاء القوة الملزمة للعقد...** ،.مرجع سابق ، ص 327 .

3 - عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...**، مرجع سابق ، ص 171 .

إن الاعذار لا يعتبر وحده كافيا لفسخ العقد ، بل يتعين على الدائن بعد ذلك رفع دعوى يطلب فيها من القاضي فسخ العقد . وعلى الدائن في العقود الملزمة للجانبين، والذي رفع دعوى الفسخ، ألا يعتبر نفسه متحللا من التزاماته نحو المدين، إلا بصدور حكم يقضي بفسخ العقد.

1-ضرورة الاعذار

يجب على المتعاقد الدائن قبل أن يرفع دعوى بطلب فسخ العقد أن يقوم باعذار المتعاقد الأخر مطالبا إياه بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد الذي ينوي فسخه ،لأن ذلك يعتبر بمثابة دليل على تقصير المدين في التنفيذ، و من شأنه أن يعطي أكثر مصداقية للدعوى[1]. ومما يؤكد ضرورة الاعذار من الناحية القانونية و العملية معا، أنه يدل دلالة قاطعة على إثبات إخلال المدين بالتزاماته بعد أن يوجه له هذا التنبيه من طرف الدائن[2] وهو ما تنص عليه المادة 119 /1 من القانون المدني المتعلقة بالفسخ القضائي، مما يدل على مدى أهميته في مجال الفسخ لاعتبار المدين مقصرا في مواجهة الدائن[3].

إن إنذار المدين قبل رفع دعوى الفسخ له أهمية تظهر في جعل القاضي أسرع إلى الحكم على المدين بتعويض إلى جانب الحكم بالفسخ، كما تظهر فائدته في إثبات تقصير المدين في الوفاء بالتزامه.[4] وبذلك فان الدعوى التي تكون مسبوقة بإنذار أفضل بالنسبة إلى الدائن ،لأنها تحقق له نتائج لا تحققها الدعوى التي لم يسبقها مثل هذا الإجراء، إذ أن

1 - Philippe LE TOURNOU, **La responsabilité civile**..., op.cit, p 49.

2- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...** مرجع سابق ، ص 173 .

3- وفي هذا الشأن تنص المادة 180 من القانون المدني : "يكون اعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، و يجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذورا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

4- د. عبد الحميد الشواربي، **فسخ العقد...** مرجع سابق ، ص 34 .

القاضي غالبا ما يستجيب لطلب الفسخ والحكم بالتعويض، وهو أمر على درجة من الأهمية بالنسبة إلى كل متعاقد مصر على فسخ العقد[1].

يكون الإنذار بمطالبة المدين بالوفاء بالتزامه الذي تخلف عن تنفيذه، ولا يلزم فوق ذلك تهديد المدين بفسخ العقد في حالة عدم وفائه بالتزامه، ولا يتحقق ذلك بمجرد أن يتضمن التهديد أو طلب الفسخ دون التكليف بالوفاء[2].

إن توجيه الاعذار ليس شرطا من شروط قبول دعوى الفسخ ، ولكنه شرط للحكم بالفسخ ومن ثم لا يلزم توجيهه قبل رفع الدعوى بل يكفي تحققه أثناء النظر فيها، وتبدو أهمية توجيه الاعذار قبل رفع الدعوى من ناحيتين، فقد يبادر المدعى عليه بالتنفيذ فور إعلانه بعريضة افتتاح الدعوى، وفي هذه الحالة سوف تكون النتيجة هي رفض دعوى الفسخ وتحميل المدعي مصاريفها[3].

إن تحديد أجل للوفاء بالالتزام لا يغني عن ضرورة الاعذار في القانون المصري، ولا يعتبر المدين معذرا بمجرد حلول الأجل، وهذا مقرر صراحة في المادتين 157،158 من القانون المدني المصري ، أما في القانون الفرنسي فقد خلت المادة 184 من الإشارة إليه. لكن مع ذلك فان الفقه و القضاء مجمع على أنه ضروري ما لم يتم اعفائه و أن عريضة افتتاح دعوى الفسخ تقوم مقامه .

وفي مجال أنظمة الاتصال الحديثة فانه من حق المشتري فسخ عقد البيع المبرم في حالة إخلال البائع بالتزامه، غير أنه لاستعمال حقه في الفسخ يتوجب عليه إنذار البائع والأصل أن يكون ذلك على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذي تخلف عن تنفيذه، ويقوم مقام

1- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، **البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية**، دراسة فقهية وقضائية، د.د.ن، 2002، ص159 .

2 - د. محمد حسين منصور، **مصادر الالتزام...**، مرجع سابق ، ص 407 .

3- نفس المرجع، ص408.

الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها المشتري البائع إلى الوفاء بالتزامه، ويسجل عليه التأخير في تنفيذه[1].

استنادا إلى الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا فقد قضت هذه الأخيرة في قرار لها بأن "العقد لا يزال قائما بين المتعاقدين لم يفسخ لأن الدائن قد خالف شرط الاعذار عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه. حيث لم يثبت الطاعن أنه قد قام فعلا باعذار خصمه عند إخلاله بشروط العقد،إذ يعتبر الاعذار شرطا ضروريا و ليس اختياريا للمطالبة بفسخ العقد، و لقد دفع المدعي بأن الاعذار المنصوص عليه في المادة 119 من القانون المدني غير ملزم لأن المشرع استعمل لفظ (جاز).إلا أن المحكمة قد قضت بغير ذلك واعتبرت هذا الدفع غير مؤسس، لأن المادة 119 من القانون المدني تنص على أنه يجوز لأحد المتعاقدين عندما لا يوف المتعاقد الأخر بالتزامه، أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه إذ أن مسألة الجوازية هنا تتعلق بإمكانية المطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه، أما الاعذار فيبقى دائما إجباريا"[2].

2-رفع دعوى الفسخ

يجب على المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ أن يرفع دعوى الفسخ بعد أن كان قد أعذر المدين، و لم تصدر منه استجابة بشأن التنفيذ[3]. وتستند دعوى الفسخ القضائي إلى الشرط الفاسخ الضمني، فكل متعاقد يهدف من تنفيذ التزامه حمل المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه المقابل، لتحقيق الغرض الاقتصادي من العقد. حيث إذا تخلف الطرف المدين عن التنفيذ يحق للدائن اللجوء إلى رفع دعوى لحل الرابطة العقدية التي تربطه بالمدين، حتى و لو خلا العقد من شرط صريح فاسخ[4].

1 - أبو الونيس الخويلدي، **حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة**، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 301.

2- قرار المحكمة العليا رقم 115182 الصادر في 03/21/ 1994 م ق ، ع 02، 1994، ص ص 167-169.

3 - حسين تونسي، **انحلال العقد**... مرجع سابق، ص 43 . -

4- د. عبد الحكم فوده ، **إنهاء القوة الملزمة**... مرجع سابق ، ص 185 . -

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه من المتفق عليه فقها و قضاء أن الشرط الفاسخ الضمني كالتأخر عن دفع الثمن في ميعاده لا يقتضي بذاته الفسخ بل لابد لفسخ العقد من حكم قضائي بذلك، و هذا الحكم يصدر بناء على طلب البائع عن طريق رفعه للدعوى و ذلك لجواز اختيار تنفيذ العقد لا فسخه.[1]

إن الحكمة من ضرورة رفع دعوى للمطالبة بحل الرابطة العقدية،هي أن الاعذار الذي يقوم به الدائن عند حلول أجل تنفيذ الالتزام العقدي، قد يعقبه تسامح مع مدينه في عدم التنفيذ والتأخير فيه وليس هناك ما يمنعه من ذلك من الناحية القانونية، لأن من حقه أن يبقى متمسكا بالتنفيذ رغم عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام بعد اعذاره[2].

إن مصدر حق طلب الفسخ هو العلاقة التعاقدية التي تربط المدين بالدائن . بينما مصدر الدعوى في حد ذاتها هو النزاع القائم حول ما رتبه العقد من التزامات تعاقدية. ويترتب على ذلك أن الدعوى وسيلة من وسائل الحماية القانونية التي قررها القانون لحماية الحقوق أنه لا يجوز الاتفاق على حرمان أحد الطرفين من رفعها كأن يتفق المدين مع دائنه على حرمان هذا الأخير من اللجوء إلى القضاء عند عدم قيامه بالتنفيذ ليطلب التحلل من العقد، ذلك أن مثل هذا الاتفاق لا يقبله المنطق القانوني، لأنه يجعل الدائن تحت رحمة المدين إن شاء نفذ التزامه، و إن لم يشأ فليس هناك وسيلة لحمله على ذلك[3].

3-ضرورة صدور حكم بالفسخ

يجب على الدائن في العقود الملزمة للجانبين الذي رفع دعوى الفسخ، ألا يعتبر نفسه متحللا من التزاماته نحو المدين بمجرد تحقق الشروط اللازمة بالفسخ، بل لكي يكون الأمر كذلك، لابد من صدور حكم قضائي نهائي يقضي بفسخ العقد. ذلك أنه قد يحدث بعد

1- .د. محمد حسين منصور، **مصادر الالتزام...**، مرجع سابق، ص 410. -

2- خليل أحمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني،** عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص117.

3 - عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...** مرجع سابق، ص 176 .

رفع دعوى الفسخ أن يقوم المدين بالتنفيذ فلا يكون هناك فسخ، وقد لا يستجيب القاضي إلى طلب الفسخ بما له من سلطة تقديرية في إيقاع الفسخ من عدمه[1].

يضاف إلى ذلك كله أن الدائن الذي يتقدم إلى القضاء بطلب فسخ العقد من حقه أن يعدل عن هذا الطلب، ويتمسك بالتنفيذ قبل صدور الحكم النهائي وليس هناك ما يمنعه من ذلك من الناحية القانونية. وبناء على ذلك، فان الحكم الذي يصدره القاضي لإيقاع الفسخ ضروري، فهو الذي يحقق النتيجة المرجوة وهي فسخ العقد، وبالتالي تحلل الدائن من التزاماته نحو المدين، ويحكم القاضي حسب ظروف و ملابسات الدعوى[2].

كما أن القانون يعطي للقاضي سلطة منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه إذا اقتضت الظروف ذلك مما يستدعي ضرورة صدور حكم في الدعوى، كما أن تصفية الموقف بين المتعاقدين بعد الفسخ يحتاج إلى تدخل من القضاء، كما هو الشأن في تحديد مدى التعويض الذي يلتزم به المدين الذي حصل الإخلال منه[3].

الفرع الثاني

جواز الاتفاق على فسخ الرابطة العقدية

إن القاعدة العامة الواردة بشأن الفسخ القضائي ليست من النظام العام، ويجوز مخالفتها وفسخ العقد دون اللجوء إلى القاضي في جميع الحالات التي يتضمن فيها العقد اتفاقا يقضي بفسخ العقد بإرادة أحد المتعاقدين، حين لا يقوم الطرف الأخر بتنفيذ ما عليه من التزامات تعاقدية (أولا).غير أن فسخ العقد بالاتفاق يستدعي إتباع إجراءات قانونية لاستعمال هذا الحق(ثانيا) .

1 - La résolution du contrat , http://www.scribd.com.

2- أحمد فراج حسين، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، الدار الجامعية، الإسكندرية، د ت ن ، ص 70.

3– سلطة القاضي في إيقاع الفسخ القضائي .http://www.cadresonline.com

أولا :حق الأطراف المتعاقدة في الاتفاق مسبقا على فسخ العقد

يجوز للطرفين المتعاقدين في مجال العقود الملزمة للجانبين أن يتفقا عند إبرام العقد،على أنه يجوز لأحدهما فسخ العقد، إذا لم يقم الطرف الأخر بتنفيذ التزاماته الناشئة من هذا العقد،دون اللجوء إلى القاضي لاستصدار حكم في شأنه[1].

إن الحكمة من إعطاء المتعاقدين حق الاتفاق على الفسخ مستمدة من القاعدة العامة التي تقضي بها نظرية الفسخ، و هي ضرورة أن يكون فسخ العقد قضائيا. لكن طريقة الفسخ القضائي تتسم بالبطء في إجراءاتها وتحمل المدعي مصاريف رفع الدعوى، إلى جانب كل الاحتمالات التي تترتب عن استعمال القاضي سلطته التقديرية التي قد لا توافق إرادة المتعاقدين وخصوصا الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ[2].

لذلك، فإن معظم التشريعات الحديثة، وخاصة منها التشريعات العربية أخذت كاستثناء من الأصل العام طريقا أخر يمكن بواسطته حل الرابطة العقدية، دون تدخل من القاضي ما لم يكن هناك نزاع تدعو الضرورة إلى عرضه على القاضي، ورغم ذلك يكون تدخله لتقرير الفسخ[3].

فلكي يتفادى المتعاقد الدائن إجراءات الفسخ القضائي، يضع في العقد شرطا يتضمن فسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم تنفيذ المدين لالتزاماته ، و بالتالي يكون فسخ العقد حتى و لو كان المدين سيء النية. و لكي يكون للشرط الفاسخ أثره القانوني ينبغي أن يستبعد اللجوء إلى القضاء، كما يشترط أن يكون سبب الاتفاق على فسخ العقد هو عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه.[4]

1- د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ،**الموجز في النظرية العامة...**، مرجع سابق ، ص 717 .

2 - Rafael Encinas DE MUNAGORRI, Antoine Lyon- Caen, **L'acte unilatéral dans les rapports contractuels**, L.G.D.J, Paris, p 137.

3- د. توفيق فرج، **النظرية العامة...**، مرجع سابق، ص81

4 - Résolution en droit civil français, http://www.fr.wikipedia. org /wiki/R% C3% A9 solution en _droit _civil_fran% C3 % A7ais .

1-ضرورة وجود اتفاق على الفسخ

وضع القانون المدني مبدأ عاما للفسخ الاتفاقي على غرار الفسخ القضائي فنصت المادة 120 في هذا الصدد: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها،وبدون حاجة إلى حكم قضائي، و هذا الشرط لا يعفي من الاعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين". و بذلك يكون للمتعاقد الحق في أن يعتبر العقد مفسوخا دون أن يستصدر حكما بالفسخ أي يفسخ العقد بإرادته المنفردة في حالات ثلاث:

الحالة الأولى: إذا كان إخلال المدين بالتزامه باتا و نهائيا، بحيث يترتب عليه تخلف الغرض المقصود من العقد، و يصبح من غير الممكن إزالة أثر هذا الإخلال كما لو كان المدين قد تعهد بالقيام بعمل في خلال مدة معينة و مضت هذه المدة دون أن ينجز ما تعهد به، كالمقاول الذي يتعهد ببناء منصة لاستعمالها في الاحتفال بعيد عام فيمضي العيد و المقاول لم يبن المنصة[1].

الحالة الثانية: إذا كان انتظار صدور الحكم بالفسخ يؤدي إلى الإضرار بالدائن ضررا بالغا فإخلال المدين قد يخلق خطرا محدقا بمصالح الدائن، فيكون الدائن في حالة ضرورة تبرر له أن يعتبر العقد مفسوخا، و أن يكيف مركزه على هذا الأساس لتفادي ما قد يصيبه من أخطار[2].

الحالة الثالثة: إذا كان المتعاقد قد أخل بالتزامه بوجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد.

1- محمد لبيب شنب،" الجحود المبتسر"، مرجع سابق، ص 71 .

2- د.مصطفى عبد السيد الجارحي، "فسخ العقد..."، مرجع سابق، ص25.

2-استبعاد الفسخ القضائي في مضمون الاتفاق

يتمتع المتعاقدان بحرية تامة في تحديد صياغة الاتفاق،غير أنه لابد من مراعاة بعض الشروط. فإضافة إلى وجود اتفاق صريح من المتعاقدين يقضي بفسخ العقد عند عدم تنفيذ أحدهما لالتزاماته، يجب أن تنصرف إرادتهما إلى استبعاد الفسخ القضائي،أي تجنب السلطة التقديرية للقاضي، حيث يقتصر دوره على معاينة مدى توفر الشروط التي وضعها المتعاقدان من أجل تحقق الفسخ وتثبيت ذلك . فيفسخ العقد بمجرد تحقق الشروط و هذا عكس ما يحصل في الفسخ القضائي، إذ يبقى العقد قائما إلى حين صدور الحكم بالفسخ وهكذا فان الحكم الذي يثبت فيه الفسخ الاتفاقي يعتبر حكما كاشفا له[1].

3-واقعة عدم التنفيذ كسبب للتمسك بالفسخ

تعتبر واقعة عدم التنفيذ شرطا ضروريا لكي يستطيع المتعاقد الدائن أن يستعمل حقه في فسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة اللجوء إلى القضاء. ومن ثم فانه من حق الدائن ألا يستعمل حقه في التمسك بالفسخ، وأن يطالب بالتنفيذ رغم تحقق عدم التنفيذ. [2] ويترتب على ذلك، أن عدم تنفيذ أي التزام سواء كان جوهريا أو غير جوهري، يجيز للمتعاقد الدائن كقاعدة عامة أن يفسخ العقد نتيجة عدم تنفيذه. وعلى الرغم من أن القانون المدني الجزائري لم يقيد من حرية المتعاقدين في هذا المجال، فإن ذلك لا يعني أن عدم التنفيذ يجيز الفسخ الاتفاقي مهما كان تافها لأن ذلك يعد تعسفا في استعمال الحق[3].

فإذا كان الاتفاق الذي يقع بين المتعاقدين مخالفا للقواعد العامة كأن يشمل الاتفاق حتى عدم التنفيذ اليسير وهو ما يتعارض مع مبادئ حسن النية في تنفيذ العقود، فانه يعتبر باطلا و بالتالي يصبح العقد خاليا من الاتفاق. و من ثم على المتعاقد الدائن إن أراد التحلل

---

1 - د. عبد الحي حجازي ،" مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق ، ص 14 .

2 - نفس المرجع ، ص 15.

3– عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...**، مرجع سابق، ص 212.

من التزاماته نحو المتعاقد الآخر أن يلجأ إلى القاضي لإيقاع الفسخ، وبذلك نطبق المادة 119 بدلا من المادة 120 من القانون المدني.

ثانيا-الإجراءات اللازمة لفسخ العقد بالاتفاق

إن مجرد توافر شروط الفسخ الاتفاقي لا يجعل العقد مفسوخا، بل يجعل فقط للدائن بالالتزام الذي لم ينفذ الحق في طلب فسخ العقد بإرادته المنفردة دون اللجوء إلى القضاء، كما هو الحال بالنسبة إلى الفسخ القضائي. لذلك يجب على المتعاقد الدائن بعد تحقق الشروط الموضوعية إن أصر على فسخ العقد، أن يتخذ إجراءات قانونية لحل الرابطة التعاقدية التي تتمثل في الاعذار، وإعلان الدائن عن تمسكه بفسخ العقد.

1-الاعذار

تتفق جميع التشريعات التي أخذت بالنظرية العامة للفسخ على أن الاعذار مسألة ضرورية يجب أن يقوم بها الدائن نحو مدينه، سواء كنا بصدد الفسخ القضائي أو الفسخ الاتفاقي و هو ما يتجه إليه الفقه بالإجماع ويجري به العمل في القضاء[1]. غير أن القانون المدني الجزائري في مادته 120المنظمة للفسخ الاتفاقي قد خالف القوانين الأخرى في مسألة جواز الاتفاق على الإعفاء من الاعذار الذي أخذت به القوانين العربية صراحة.

لذلك لا يجوز وفقا للقانون الجزائري الإعفاء من الاعذار حتى بالاتفاق بين الدائن والمدين في حالة الاتفاق مسبقا على الفسخ. و هو أمر يدعو إلى القول بأن فيه حدا من حرية المتعاقدين دون أي فائدة ولا منطق قانوني، ذلك أن المنطق القانوني يقضي بأنه اذا كان للمتعاقدين الحق في الاتفاق على الفسخ مسبقا، فانه يجوز لهما تبعا لذلك و بحريتهما المطلقة أن يتفقا على الإعفاء من الاعذار في حالة عدم قيام أحدهما بالتنفيذ. ومما لاشك فيه أن جواز ذلك يجعل كل متعاقد حريصا على تنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد على

---

1 - عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...**، مرجع سابق،ص213.

عاتقه، لأنه يعلم مسبقا بأن الطرف الأخر له الحق في فسخ العقد بمجرد وقوع الإخلال من جانبه دون أن يقوم باعذاره[1].

2- إعلان الدائن عن تمسكه بفسخ العقد

إن عدم تنفيذ المدين الالتزامات الناشئة عن عقد تم فيه الاتفاق على الفسخ بإرادة واحدة يجيز للدائن أن يبدأ باختيار الفسخ. كما يجيز له إن كان قد بدأ باختيار التنفيذ المتأخر أن يعدل عن ذلك و يتمسك بالفسخ، ويكون ذلك بتعبير يعلنه الدائن إلى الطرف الأخر يخطره فيه أنه يتمسك بالفسخ[2].

ذلك لأن فسخ العقد لا يحصل من تلقاء نفسه لمجرد عدم التنفيذ بناء على اشتراط الفسخ. بل يحصل ذلك عندما يستعمل الدائن حقه الإرادي عن طريق التعبير الذي يعلن فيه تمسكه بالفسخ إلى الطرف الأخر، أي أن الفسخ لا يحصل إلا باجتماع واقعتين تقع إحداهما بعد الأخرى، عدم التنفيذ و التمسك بالفسخ عن طريق التعبير[3].

لذلك فان الإجراء الأخر الذي يجب على المتعاقد الدائن في الفسخ الاتفاقي القيام به هو الإعلان عن رغبته في حل الرابطة العقدية[4]، لأن إرادته في هذا المجال هي التي تؤخذ بعين الاعتبار بعد حلول الأجل و ليس الاتفاق الذي تم بينه و بين المتعاقد الأخر من قبل على فسخ العقد، و إلا أصبح الأمر بيد المدين إن أراد الفسخ امتنع عن التنفيذ فيفسخ العقد و هو ما ترفضه قواعد نظرية الفسخ.

فقد يتحقق عدم التنفيذ في حالة الاتفاق على الفسخ مسبقا ومع ذلك يبقى العقد قائما من الناحية القانونية، مادام المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ لم يعلن عن رغبته في فسخ العقد، ذلك أن عدم التنفيذ يقتصر دوره ولو كان الفسخ اتفاقيا على نشوء الحق في

1- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...**، ص56.

2 - Résiliation des contrats p 1, voir :http:// www.ariase.com.

3- د. عبد الحي حجازي،" مدى خيار الدائن..".مرجع سابق، ص 129 .

4 - Stéphane CHATILLON, **le contrat international**, Vuibert, 3ème Ed, 2007, p 222

طلب الفسخ، و من ثم فإذا أعلن الدائن عن تمسكه به انحلت الرابطة التعاقدية كنتيجة حتمية لاستعماله لهذا الحق[1].

لما كان لهذا الإعلان أهميته بالنسبة إلى الدائن، و لما كان يتضمن في ذات الوقت خطورة بالنسبة إلى المدين، فانه يجب أن يكون قاطعا في دلالته على فسخ العقد، و من ثم لا يجوز استنتاجه أو استنباطه من مضمون العبارات التي تصدر من المتعاقد الدائن. كما يجب أيضا أن يكون الإعلان قد اتصل بعلم المدين تطبيقا لنص المادة 61 من القانون المدني و إلا فلا أثر له بالنسبة إلى العقد المراد فسخه.

فإذا قام المتعاقد الدائن بهذا الإعلان على النحو المطلوب قانونا، فلا يهمه بعد ذلك موافقة المدين أو عدم موافقته على فسخ العقد ،لأن الهدف من الإعلان ليس طلب الموافقة و إنما إبلاغ الدائن مدينه بفسخ العقد، وبالتالي التحلل من الالتزامات التي كانت على عاتقه في مواجهته[2].

ذلك لأن التمسك بالفسخ من قبل الدائن ضروري لتحقق الفسخ،لأن عدم التنفيذ ينشأ به للدائن الحق في الفسخ أما التمسك بالفسخ فيتحقق به الفسخ، و من ثم يتميز الحق في طلب الفسخ عن الفسخ. وبذلك لا يجوز للمدين أن يتمسك بالفسخ بعد تحقق عدم التنفيذ و قبل تمسك الدائن بالفسخ، لأنه قبل تعبير الدائن بالفسخ فالعقد لا يزال قائما[3].

خلاصة القول أن للدائن الحق في طلب التحلل من العلاقة العقدية التي تربطه بالمدين بمجرد إخلال هذا الأخير بالتزامه. و يعتبر الفسخ أمرا اختياريا بالنسبة للطرف الدائن في العقد ، فله أن يطلب التنفيذ العيني للالتزام، أو فسخ العقد.

1- ولقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأن(تحقق الشرط الفاسخ لا يؤدي إلى انفساخ العقد مادام من وضع الشرط لمصلحته لم يطلب الفسخ ، فليس لمجرد الاعذار وورود الشرط الصريح بهذه الصيغة أن ينفسخ العقد تلقائيا و يعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ن بل يتطلب الأمر تمسك الدائن بطلب الفسخ إذ قد يستفاد من سكوت الدائن بعد الاعذار تنازله ضمنا عن التمسك بفسخ العقد بقبوله استمراره رغم الإخلال بتنفيذ الالتزام) . نقلا عن د.عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص 130.

2 –د عبد الحكم فوده، **البطلان في...** ، مرجع سابق، ص99.

3 - د عبد الحي حجازي،" مدى خيار الدائن..." ، مرجع سابق، ص131.

المبحث الثاني

الفسخ خيار متروك للدائن

إن طلب الفسخ إختياري بالنسبة للطرف الدائن، فله أن يختار بين طلب تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا إذا لم يكن مستحيلا أم بمقابل، أو فسخ العقد[1]. و يعد الفسخ نظاما أقره القانون حماية للدائن، و هو حق ثابت له و لا يقع إلا بناء على طلب من شرع لمصلحته، فلا يستطيع القاضي أن يحكم بالفسخ إذا لم يطلب ذلك منه المتعاقد الذي توافرت شروط الفسخ في جانبه.[2]

فمن المقرر أن للدائن عند إخلال المدين بالتزامه الحق في طلب التنفيذ العيني للالتزام باعتباره الأصل في إبرام العقود، أو أن يختار الفسخ إذا كانت مصلحته تقتضي ذلك فطلب الفسخ أمر جوازي للطرف الدائن فله أن يبدأ بطلب التنفيذ أو يتحلل من الرابطة العقدية ويكون له هذا الخيار سواء في الفسخ القضائي (المطلب الأول) أو في الفسخ الاتفاقي (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

خيار الدائن في الفسخ القضائي

تسعى الأطراف المتعاقدة إلى تنفيذ العقد باعتبار أن التنفيذ هو المقتضى الطبيعي للعقد[3]. حيث أن الغرض من العلاقة العقدية هو الوصول إلى تحقيق الهدف المرجو من التعاقد، غير أنه قد يقصر المدين في تنفيذ التزامه، مما يؤدي بالدائن إلى الرغبة في التمسك بفسخ العقد، إلا أنه للدائن الخيار في إجبار المدين على التنفيذ العيني للالتزام

1 -François CHABAS , Henri et Léon , Jean(MAZEAUD) **Leçons de droit...,**Op.cit, p 1132.

2- د. محمد حسين منصور، **مصادر الالتزام...**، مرجع سابق، ص 408.

3- نفس المرجع، ص 409 .

(الفرع الأول)، ولا تعتبر المطالبة بالتنفيذ نزولا من الدائن عن حقه في المطالبة بالفسخ، بل له أن يعدل عن التنفيذ و يتمسك بفسخ العلاقة العقدية(الفرع الثاني).

الفرع الأول

البدء باستعمال دعوى التنفيذ

للدائن الخيار بين أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه وذلك استنادا إلى نص المادة 119من القانون المدني فالتنفيذ العيني هو الأصل في إبرام العقود، أما الفسخ فهو إجراء احتياطي يتم به التحلل من العقد.و بذلك فإنه للدائن أن يطلب تنفيذ العقد(أولا) ولا يمتنع عليه إن بدأ برفع دعوى التنفيذ أن يعدل عنها و يرفع دعوى الفسخ(ثانيا).

أولا : حق الدائن في التنفيذ العيني للالتزام

إن إخلال المدين بالتزامه التعاقدي يمكن الطرف الدائن من مباشرة حقه في اختيار التنفيذ العيني للالتزام أو التحلل من العقد، وذلك استنادا إلى نص المادة 119من القانون المدني التي تنص في فقرتها الأولى "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين ،أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين".

يتبين من خلال هذا النص أن للدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي، أن يطالب بالتنفيذ العيني للالتزام إذا كان التنفيذ أفضل له. وبالتالي ليس من الضروري تحلل الدائن من الرابطة العقدية لمجرد تحقق عدم التنفيذ، بل له الخيار في ذلك. ولقد أراد المشرع من منح الدائن هذا الخيار أن يوفق بين أمرين، القوة الملزمة للعقد التي تبرر أن يكون للدائن طلب التنفيذ الجبري، ولا يكون في إمكان المدين ولمجرد رفضه أن يفقد

العقد آثاره. لكن من ناحية أخرى يهدف من وراء هذا الخيار أن يكون للدائن فسخ العقد إذا كانت هذه مصلحته، دون أن يلزمه إتباع طرق التنفيذ الجبري الطويلة والمعقدة[1].

فعندما يرفع الدائن دعوى التنفيذ فإنما يريد بذلك الإفادة من العقد و الوصول إلى تحقيق الغرض الذي استهدفه من التعاقد[2] . ويرفع هذه الدعوى ما بقي التنفيذ صالحا ،ففي عقد المقاولة إذا أخل المقاول بإنجاز العمل على النحو المتفق عليه مع رب العمل، فإنه يكون لهذا الأخير أن يطلب تنفيذ العقد طالما لا يزال ذلك ممكنا[3].

1-التنفيذ العيني للالتزام

يقصد بالتنفيذ العيني للالتزام، أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما إلتزم به سواء كان ما تعهد به عملا أو امتناعا عنه[4]. ويعتبر بذلك أفضل وسيلة تضمن استقرار المعاملات بين الأفراد، والذي يستند خصوصا إلى حسن نية الأطراف. مثال ذلك أن ينقل البائع ملكية العين المبيعة إلى المشتري أو ينجز المقاول البناء الذي تعاقد عليه. فالتنفيذ العيني هو حق للدائن وواجب على المدين، فإذا طلبه الدائن لا يجوز للمدين أن يعدل عنه إلى التعويض، وإذا عرضه المدين فليس للدائن أن يرفضه[5].

فيجب على المدين تنفيذ الالتزام إذا طالبه الدائن بذلك، كما لا يحق له أن يدفع بعدم التنفيذ في هذه الحالة، بل عليه أن ينفذ رغبة الدائن الذي اختار التنفيذ العيني للالتزام بدلا من فسخ العقد

إن الأصل في تنفيذ أي التزام أنه يتم عينا، لأن الهدف من تعاقد أي شخص هو الحصول عل عين ما تعاقد عليه. لذلك يجب على المدين بالالتزام أن يؤدي التزامه

1- د. مصطفى عبد السيد الجارحي،" فسخ العقد"، م.ق.ا.ب.ق.ا ، القاهرة،ع 56، 1988، ص82 .

2 - Abdel Rahim Abdellah FATHI, « L'exécution en nature du contrat en droit comparé (Egypte- France- Angleterre) », revue al quanoun wal iqutisad, pp 1-60,Cf. p 1.

3- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**- العقود الواردة على العمل، المقاولة، الوكالة، الوديعة، الحراسة، المجلد الأول، د.ت.ن، ص 78 .

4- عبد الرزاق دربال، **الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري**، د.ع.ن.ت، الجزائر، 2004، ص 8

5 - د. توفيق فرج ، مصطفى الجمال ، **مصادر و أحكام** ...، مرجع سابق، ص 665 .

بالشكل والشروط المتفق عليها في العقد[1]. والأصل العام حسب نص المادة 164 من القانون المدني أن يتولى المدين تنفيذ التزامه حرا مختارا بمجرد أن يطلبه الدائن، طالما أن ذلك التنفيذ العيني ممكن.

كما أن إعلان المدين عن عدم تنفيذه للعقد يعطي للدائن الخيار بين أن يتجاهل هذا الجحود بإبقائه على العقد و الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية الحالة المترتبة عنه، أو أن يبدي استعداده للوفاء بها و ينتظر حلول أجل تنفيذ التزامات المدين ليطالبه بهذا التنفيذ فإذا امتنع عن ذلك يكون للدائن طبقا للقواعد العامة أن يجبره على التنفيذ العيني[2].

غير أنه لا يجوز للدائن إذا أعلن المدين رفضه للتنفيذ، أن يستمر في التنفيذ بطريقة قد تزيد من الضرر المترتب عن عدم تنفيذ المدين للعقد، لأن القاعدة أن التعويض لا يشمل الضرر الذي كان في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. فالأضرار التي يمكن تجنبها لا تدخل في مقدار التعويض لأن الدائن يلتزم بتخفيف الأضرار، وذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود[3].

فإذا كان الدائن يستطيع أن يخفف أو ينقص من الأضرار الناتجة عن امتناع المدين عن التنفيذ و لم يفعل، بل زاد من هذه الأضرار بإصراره على الاستمرار في تنفيذ الالتزام من جانبه،فإنه لا يحق له أن يطالب بتعويض الأضرار التي نتجت عن هذا الاستمرار لأنه كان يستطيع أن يتوقاها ببدل جهد معقول[4].

فلو تعاقد شخص مع مقاول على بناء عمارة طبقا لمواصفات معينة، فان رب العمل يستطيع أن يطلب وقف البناء وذلك في مقابل أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه في العمل من أجور وأثمان المواد المستعملة في البناء. وبذلك إذا استمر المقاول رغم هذا الطلب في إتمام كل البناء فلا يكون له أن يطالب رب العمل بكل الثمن الذي يستحقه لو

1-عبد الله نجاري، *الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)*، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، أفريل 1983، ص 4.

2 - Les raisons de la résolution du contrat p2 , voir : http://www.echosdunet.net.

3- محمد لبيب شنب،" الجحود المبتسر..." ، مرجع سابق، ص 66 .

4 - Inexécution du contrat synallagmatique, p 3, voir : http:// www.lemonde politique.fr.

أتم البناء كله، لأنه في هذه الحالة يكون قد زاد من الأضرار نتيجة استمراره في تنفيذ العقد[1].

2-شروط التنفيذ العيني للالتزام

يشترط للمطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام أن يكون التنفيذ العيني ممكنا، أن يقوم الدائن باعذار المدين لتنفيذ التزامه وأن يطلب الدائن التنفيذ العيني آو يتقدم المدين به من تلقاء نفسه وألا يكون التنفيذ العيني مرهقا للمدين.

أ- أن يكون التنفيذ العيني ممكنا

يقصد بهذا الشرط أن لا يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا أو غير مجد إما بسبب أجنبي أو خطا المدين[2] . و مثال ذلك أن يتولى البائع بيع ذات الشيء إلى مشتر ثان و تنتقل الملكية إلى المشتري الثاني، و بذلك فان التنفيذ العيني بنقل ملكية المبيع إلى المشتري الأول صار مستحيلا فيجب لأجل ذلك التعويض ،كما يصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلا أيضا في الحالة التي يكون فيها تدخل المدين في تنفيذ الالتزام ضروريا، كأداء دور في مسرحية ويمتنع عن ذلك، فعندما يكون التنفيذ العيني ممكنا و ذي فائدة، فان للدائن الحق في ممارسته وإلا يستطيع أن يطلب التنفيذ بمقابل من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه[3].

لذلك فان القضاء بفسخ العقد مع منح التعويض دون أن يطالب بذلك الطاعن الذي تمسك بتنفيذ العقد، هو تطبيق مخالف للمادة 119 مدني التي تعطي للدائن حق طلب تنفيذ الالتزام العقدي.

فقد قضت المحكمة العليا في قضية لها بخطأ المحكمة في تطبيق القانون . حيث أن المدعي الأصلي قد طالب بتنفيذ العقد أي إتمام بناء المسكن حسب الشروط المتفق عليها مع مديرية الترقية و التسيير العقاري حسب العقد المنجز بينهما في هذا الإطار، لأنه رأى أن المديرية لم توف بالتزاماتها في هذا الشأن بحجة أن الأرض أصبحت غير صالحة

1- محمد لبيب شنب،" الجحود المبستر.."، مرجع سابق ، ص 67

2 - Vincent FORRAY, **Le consensualisme dans**..., Op.cit, p 560.

3 - Philippe LETOURNEAU, **Responsabilité civile professionnelle**..., Op.cit, p38 .

للبناء. لكن قضاة المجلس قرروا فسخ العقد مع منح التعويض للطاعن عن هذا الفسخ و هو ما يجعل قضاؤهم على هذا النحو يتضمن خطأ في تطبيق القانون. بحيث لم يطلب الطرف المتضرر بفسخ العقد و لم يقم بأي إنذار وهو ما يؤدي إلى سوء تطبيق المادة 119 مدني التي استند إليها القضاة و كان عليهم أن يتقيدوا بالدعوى وطلباتها. ولذلك قررت المحكمة العليا بإبطال القرار المطعون فيه، وإحالة القضية إلى نفس المجلس مشكلة من هيئة أخرى لإعادة الفصل فيها من جديد[1].

جدير بالذكر في هذا الصدد أن الالتزام بدفع مبلغ من النقود لا يتصور استحالة تنفيذه في أي وقت من الأوقات، و كذلك الأمر فيما يتعلق بالالتزام بإعطاء شيء مثلي بصفة عامة أما غير ذلك من الالتزامات فيتصور استحالة تنفيذها. فالالتزام بنقل حق عيني على شيء قيمي قد يستحيل تنفيذه عينا، والالتزام بالامتناع عن العمل يصبح تنفيذه عينا مستحيلا دائما بالنسبة للماضي، والالتزام بعمل قد يصبح هو الآخر مستحيلا كما في التزام أمين النقل بتسليم البضاعة في مكان الوصول إذا ما هلكت هذه البضاعة .

ب-أن يقوم الدائن باعذار المدين لتنفيذ التزامه

يجب على الدائن أن يقوم بإشعار المدين بوجوب تنفيذ التزامه، متى حل أجل الوفاء أو التنفيذ وهذا حتى لا يفهم المدين من عدم المطالبة بعد حلول الأجل أن الدائن يتسامح في التأخر في تنفيذ الالتزام. فمتى تم الاعذار وجب على المدين تنفيذ التزامه على الفور وإلا اعتبر مقصرا[2] ومع ذلك لا حاجة للاعذار حسب نص المادة 181مدني في الحالات التالية:

– حالة ما إذا صار تنفيذ الالتزام مستحيلا أو غير مجد بفعل المدين

1-قرار المحكمة العليا رقم 225843 الصادر في 2002 /02/20، م ق ، ع 2، 2002، ص ص 370-373.

2-عبد الرزاق دربال ، **الوجيز في أحكام الالتزام ...**، مرجع سابق، ص ص 9-10.

- حالة ما إذا كان محل الالتزام عبارة عن تعويض ترتب عن عمل ضار في إطار المسؤولية التقصيرية، و سبب ذلك أن على كل شخص التزام بعدم الإضرار بالغير وإحداث ذلك يعني الإخلال بذلك الالتزام مما يعني استحالة تنفيذه.
- حالة ما إذا كان محل التزام المدين هو رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو غير مستحق
- وحالة ما إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

ج-أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم المدين من تلقاء نفسه بالتنفيذ

إذا طلب الدائن التنفيذ العيني و كان ممكنا، يجبر المدين على هذا التنفيذ دون أن يكون له التقدم بتعويض و من جهة أخرى إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني ،لا يكون للدائن أن يرفضه. و مع ذلك فانه يصح الاتفاق صراحة أو ضمنا بين الدائن و المدين على التعويض بدلا من التنفيذ العيني[1].

د- يجب أن يكون التنفيذ العيني غير مرهق للمدين

قد يكون التنفيذ العيني ممكنا و لكن يكون في هذا التنفيذ إرهاقا للمدين، وفي هذه الحالة يمكن للمدين للقاضي أن يقتصر على دفع تعويض نقدي بدلا من فسخ العقد، لأن كون التنفيذ مرهقا من شأنه أن يلحق بالمدين خسارة فادحة، كما لو كانت نفقاته باهظة لا تتناسب مع ما يصيب الدائن من ضرر جراء التنفيذ العيني[2].

1 -Abdel Rahim Abdallah FATHI, « L'exécution en nature... », Op.cit, p 33.

2- عادل جبري محمد حبيب، **التنفيذ العيني للالتزامات العقدية**، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ت ن، ص60.

و مثال ذلك إذا كان المدين ملتزما ببناء عمارة وقام ببنائها على مساحة أقل قليلا من المذكورة في العقد، فان ما يصيب المدين من ضرر في إلزامه بهدم العمارة يفوق في جسامته كثيرا ما يضايق الدائن من بقائها على حالها[1].

هــ- عدم التعسف في طلب التنفيذ العيني

يجوز للقاضي أن يعدل عن الحكم بالتنفيذ العيني إلى الحكم بالتعويض إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين، ولم يكن الدائن يلحقه ضرر جسيم من جراء اعتماد التعويض بدلا من التنفيذ العيني[2].

ذلك أنه في مثل هذه الحالة التي يكون فيها في التنفيذ العيني إرهاق للمدين و في العدول عنه ضرر بسيط للدائن، تكون مصلحة المدين أولى بالرعاية لذلك لا ينبغي للدائن أن يتعسف في طلب التنفيذ العيني للالتزام ،لأن التعسف في استعمال الحق يجعل استعمال هذا الحق غير مشروع كلما كان المقصود به تحقيق مصلحة غير مشروعة، أو الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال[3].

طريقة التنفيذ العيني

تختلف طريقة التنفيذ العيني باختلاف نوع الالتزام، ويمكن التمييز بين الالتزام بنقل حق عيني، والالتزام بعمل، و الالتزام بامتناع عن عمل[4].

1 - د. عبد الحميد الشواربي ، **فسخ العقد...** مرجع سابق، ص 439 .

2- المادة 176من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج ر ، ع 78 لسنة 1975 معدل و متمم.

3 - د. توفيق حسن فرج ،مصطفى الجمال ، **مصادر و أحكام..** مرجع سابق ، ص 667 .

- د. همام محمد محمود زهران، **الأصول العامة للالتزام – نظرية العقد** - دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 137.

4

-الالتزام بنقل حق عيني

الالتزام بنقل حق عيني قد يرد على منقول و قد يرد على عقار. فإذا كان الالتزام بنقل الحق العيني واردا على منقول و كان المنقول معينا بذاته و مملوكا للمدين، فان الالتزام المذكور ينفذ تلقائيا بمجرد نشوئه. فبائع المنقول المعين بذاته يلتزم بنقل ملكيته إلى المشتري، وهذه الملكية تنتقل إلى المشتري بمجرد التعاقد دون حاجة إلى إجراء آخر[1].

فإذا كان الالتزام بنقل حق عيني واردا على منقول وكان المنقول معينا بنوعه فقط فالحق العيني لا ينتقل إلا بالإفراز، و في هذه الحالة يكون للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القضاء. كما إذا تخلف البائع عن تسليم كمية من القمح المبيعة فقام المشتري بشرائها من السوق على نفقة البائع بعد الحصول على ترخيص من القضاء، بل يكون للدائن الحصول على شيء من هذا النوع على نفقة المدين دون استئذان القاضي في حالة الاستعجال[2].

أما إذا كان الالتزام بنقل حق عيني واردا على عقار فالحق لا ينتقل و لا ينشأ إلا باتخاذ إجراءات الشهر التي يلزم لتمامها مشاركة المدين. فإذا امتنع المدين عن ذلك كان للدائن أن يستصدر حكما بصحة و نفاذ العقد المنشئ للحق، كما هو الحال إذا امتنع البائع عن القيام بما يتضمنه التزامه بنقل ملكية العقار من تحرير عقد البيع أو التصديق على توقيعه. إذ يقوم حكم القاضي بصحة و نفاذ عقد البيع مقام تنفيذ البائع للالتزام[3].

-الالتزام بعمل: هو كل نشاط يتعين على المدين أن يقوم به ولا يكون من شأنه نقل الملكية أو أي حق عيني آخر[4]. متى كان الالتزام بعمل قابلا للتنفيذ العيني فيكون تنفيذه على نفقة المدين بعد الحصول على إذن من القضاء. فإذا تعهد مقاول ببناء منزل ولم ينفذ

1- عبد الرزاق دربال، **الوجيز في أحكام ...**، مرجع سابق، ص 11.

2 - توفيق فرج، مصطفى الجمال، **مصادرو أحكام....**، مرجع سابق، ص668.

3- د. عبد الحميد الشواربي ، **فسخ العقد...**، مرجع سابق، ص 441.

4- عبد الله نجاري، *الشرط الجزائي...*، مرجع سابق، ص99.

التزامه كان للدائن أن يستصدر إذنا من القضاء في بناء المنزل على نفقة المدين، بل ويجوز التنفيذ على نفقة المدين دون إذن من القضاء في حالة الاستعجال[1].

ثانيا - جواز عدول الدائن عن طلب التنفيذ

يجوز للدائن الذي بدأ برفع دعوى التنفيذ أن يعدل عن طلبه فيرفع دعوى الفسخ وطلب التحلل من العقد[2]. ذلك أن المطالبة بالتنفيذ لا يجوز اعتبارها نزولا من الدائن عن حقه في الفسخ، لأن الفسخ ذو طابع احتياطي لا يتم اللجوء إليه إلا عندما لا يتمكن الدائن من الحصول على تنفيذ الالتزام . كما أن عدم التنفيذ عنصر جوهري للمطالبة بفسخ العقد ومادام المدين لم يقم بالتنفيذ، فإنه لا يجوز أن يفقد الدائن حقه في طلب الفسخ. كما أنه إذا كان طلب التنفيذ أمام المحكمة الابتدائية فيجوز للدائن أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ[3].

لذلك لا يعتبر طلب الفسخ بعد طلب التنفيذ أمام المجلس القضائي طلبا جديدا، ومن ثم يمكن إبداؤه لأول مرة أمامه. ذلك لأن طلب الفسخ وطلب التنفيذ هما وجهان لحق واحد و أن أساسهما هو عدم تنفيذ المدعى عليه لالتزامه. كما أن الفسخ ليس إلا طريقا لإصلاح الضرر الناشئ عن خطأ ارتكبه المتعاقد الآخر، والذي يتمثل في عدم تنفيذ الالتزام العقدي[4].

فإذا لجأ الدائن إلى دعوى التنفيذ بمطالبة المدين تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا ،فإنه يستطيع إلى ما قبل صدور الحكم في الدعوى أن يعدل طلباته إلى طلب فسخ العقد. وبذلك فإن التنفيذ أو الفسخ أمر جوازي للطرف الدائن فله أن يتمسك بطلب التنفيذ، و لا يمنعه ذلك من العدول إن أراد التحلل من العقد، و يكون العدول في حالتين:

1-د. مصطفى الجمال، **أحكام الالتزام**، الفتح للطباعة و النشر، الإسكندرية، 2000، ص 351.

2 - Stéphane CHATILLON, **le contrat**..., Op.cit, p187.

3- د. عبد الحميد الشواربي، **فسخ العقد** ....، مرجع سابق، ص 43 .

4- د. عبد الحميد الشواربي، **فسخ العقد** ....، مرجع سابق، ص44.

الحالة الأولى: أن يكون الأمر لا يزال أمام المحكمة الابتدائية

يجوز للدائن العدول عن طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ عندما يكون الطلب قائما أمام المحكمة الابتدائية باعتبار أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه. فلا يجب أن يحرم الدائن من فرصة تعديل طلباته، بما يتفق مع ما آلت إليه العلاقة القانونية التي تستند إليها الدعوى.[1]

فيجوز للدائن أن يبدي أثناء سريان الدعوى طلبات عارضة تتناول بالتغيير ذات الخصومة القائمة من حيث موضوعها أو سببها أو أطرافها، بشرط أن تكون الطلبات العارضة متصلة ومرتبطة بالطلب الأصلي[2]. و يعتبر طلب الفسخ مرتبطا بطلب التنفيذ عن طريق وحدة الواقعة التي يستند إليها كل منهما، وهي عدم تنفيذ المدين للعقد[3].

فإذا صدر حكم للدائن بالتنفيذ، فإن هذا لا يمنع الدائن من حقه في طلب الفسخ إذا لم يحصل على التنفيذ، لأن دعوى التنفيذ تختلف عن دعوى الفسخ و ذلك لاختلاف الغاية التي تستهدفها كل منهما. فالغاية من دعوى التنفيذ هي حصول الدائن على نفس الأداء الذي له حق فيه بمقتضى العلاقة التعاقدية. أما دعوى الفسخ فتستهدف حل الرابطة التعاقدية ورد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.[4] لهذا لا يترتب على الحكم الصادر بالتنفيذ الذي حاز قوة الشيء المقضي ، منع الدائن من طلب الفسخ إذا ظل العقد دون تنفيذ، هذا من الناحية الإجرائية.

أما من الناحية الموضوعية، فإن الحكم الصادر بالتنفيذ لا يترتب عليه أي تغيير في المركز السابق عليه، فلا تزال العلاقة الناشئة من العقد قائمة بعد صدور الحكم بالتنفيذ.

---

1 -La résolution du contrat, p,1, voir :http://www.scribd.com

2- المادة 343 من قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع21 لسنة2008

3- د. مصطفى عبد السيد الجارحي،" فسخ العقد..."، مرجع سابق، ص83.

4- د. عبد الحي حجازي،" مدى خيار الدائن..." ، مرجع سابق، ص 481 .

كذلك الحق المقابل لهذه العلاقة لا يزال قائما لم يطرأ عليه تغيير، و لا يزال عدم التنفيذ قائما و عدم التنفيذ شرط جوهري في إمكان الحكم بالفسخ[1].

ثم إنه عندما يختار الدائن دعوى التنفيذ، يمكن أن يحصل أحد احتمالين أثناء سير الدعوى، فإما أن يصبح الأداء المطلوب من المدين غير ذي فائدة للدائن بعد أن كان مفيدا له وقت رفع الدعوى، و إما أن يصبح الأداء مستحيل التنفيذ بسبب أن الأداء كان قيميا و أتلفه المدين.[2]

فلو جاز في هاتين الحالتين أن يترتب على صيرورة الحكم الصادر بالتنفيذ حائزا لقوة الشيء المقضي حرمان الدائن من رفع دعوى الفسخ، لحرمناه من الحماية التي قررها القانون لحقه، فلقد أراد القانون بالفسخ أن يعطي الدائن وسيلة أخرى للحماية يستعملها عندما يتبين له عدم جدوى الوسيلة الأخرى وهي التنفيذ العيني.[3] ذلك أن الفسخ والتنفيذ العيني وسيلتان تستهدفان غاية واحدة هي حماية مصلحة الدائن، فإذا قصرت إحداهما في تحقيق الغاية التي يقصد بها تحقيقها، جاز للدائن أن يعمل على حماية مصلحته عن طريق الوسيلة الأخرى.

خلاصة القول أنه إذا لم يترتب على الحكم القاضي بالتنفيذ أي أثر بأن استمر المدين في عدم التنفيذ، جاز للدائن بدلا من الاستمرار في طلب التنفيذ أن يطلب الفسخ فمادام عدم التنفيذ مستمرا، يجب ألا يترتب على صدور الحكم بالتنفيذ امتناع المطالبة بفسخ العقد.

الحالة الثانية: انتقال الأمر إلى المجلس القضائي.

لا يعتبر طلب الفسخ بعد طلب التنفيذ أمام المحكمة الابتدائية طلبا جديدا، ومن ثم يجوز إبداؤه لأول مرة أمام المجلس القضائي، وبذلك يجوز تقديم طلب الفسخ لأول مرة

1- نفس المرجع، ص482

2 - علي بن سليمان، دروس في مادة الالتزامات ، ص 2 أنظر الموقع: http://www.palmoon.net

3- د- عبد الحي حجازي،" مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص482 .

أمام المجلس، على الرغم من أن المدعى لم يطلب في أول درجة إلا التنفيذ[1]. ذلك أن الطلبين يشتركان في عنصر جوهري هو الغرض الاقتصادي الذي يستهدفه كل منهما، إذ أن دعوى الفسخ ترمي إلى حماية مصلحة الدائن الذي لم يعد من الممكن حمايته عن طريق دعوى التنفيذ.

فإذ لم يعد لدى الدائن ما يدفعه إلى طلب الأداء بسبب أنه لم يعد يفيده الحصول على هذا الأداء، فإن مصلحته الناشئة من العلاقة التعاقدية لم تعد تتجه نحو الأداء، و بالتالي لم تعد تتحقق عن طريق دعوى التنفيذ التي كان قد بدأ برفعها، بل تتحقق فقط من طريق دعوى الفسخ[2].

غير أنه إذا لم تطبق قاعدة عدم جواز تغيير الطلب أمام المحكمة الابتدائية، كذلك ينبغي عدم تطبيقها أمام المجلس القضائي، حيث أن الغرض الذي استهدفه القانون عندما أجاز تغيير الطلب أمام المحكمة الابتدائية عن طريق الطلبات العارضة، هو أن يحمي مصلحة الدائن حماية سريعة فأولى أن يجوز ذلك أمام المجلس، ذلك لأن امتداد العلاقة التعاقدية التي تربط الدائن بالمدين المقصر، لا يكون من ورائه إلا تهديد مصلحة الدائن بالضرر، الأمر الذي يتحتم معه حماية سريعة لا تتحقق إلا برفع الدائن لدعوى جديدة يطالب فيها بالفسخ[3].

الفرع الثاني

اختيار الدائن لدعوى الفسخ

إذا حل أجل الوفاء بالالتزام و تخلف المدين عن التنفيذ، فإنه للدائن أن يقيم دعوى بالفسخ و إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد (أولا) و إذا أقام الدائن هذه الدعوى فانه غير ملزم بالبقاء عليها، بل له أن يعدل طلباته إلى طلب تنفيذ العقد(ثانيا).

---

1 - المادة 343 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " لا تعتبر طلبات جديدة ، الطلبات المرتبطة مباشرة بالطلب الأصلي و التي ترمي إلى نفس الغرض حتى و لو كان أساسها القانوني مغايرا".

2- د. عبد الحي حجازي، "مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص 476.

3 - د. عبد الحي حجازي، "مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص 484 .

أولا- حق الدائن في دعوى الفسخ

للدائن وسيلة أخرى لضمان حقوقه، إذ له أن يختار بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام أن يطلب من القاضي أن يحكم بالفسخ، أي حل الرابطة العقدية التي تربط المتعاقدين. وبذلك فإن البائع الذي لا يحصل على ثمن الشيء المبيع يستطيع بدلا من طلب الحصول على المبلغ النقدي أن يطلب فسخ البيع[1]، و هذا الخيار مقرر للدائن استنادا إلى نص الفقرة الثانية من المادة 119مدني جزائري[2] .

فهذه المادة تمنح للدائن بالالتزام الذي لم ينفذ حق المطالبة بحل الرابطة العقدية التي تربطه بالمدين المتخلف عن أداء التزامه، ويختار الدائن هذا الحل إذا كان الفسخ أفضل له ويسمح له بالحصول على حقوقه، ذلك أن الفسخ يمنح للدائن فائدة ذات أهمية لأنه يضمن له حماية حقوقه[3].

بذلك يكون الخيار الحقيقي للطرف الدائن، إذ أن الخصومة تبدأ بطلبه هو فإذا اختار الفسخ فانه لا يعتبر متعسفا بل أن له مصلحة مشروعة جدية تبرر الفسخ، إذ أن من مزايا التمسك بالفسخ بدلا من طلب التنفيذ أن الفسخ يحقق للدائن مركزا ممتازا خلافا لما إذا طلب التنفيذ العيني، لأنه عندما يطلب الفسخ سوف يستأثر بعنصر من عناصر ذمة مدينه و هو الشيء المعين الذي يكون قد قدمه للمدين تنفيذا للعقد، أما إذا طلب تنفيذ الالتزام فانه سوف يتساوى مع دائني المدين لاستيفاء حقوقه و يقتسمون ماله قسمة غرماء[4].

كما يعتبر جحود المدين للعقد إخلالا منه بوجوب تنفيذه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية و يكون للدائن أن يواجه هذا الامتناع عن التنفيذ بطلب فسخ العقد، لأن إخلال

1 - François Collart DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE, **Contrats civils**..., Op. cit, p 203.
2- و يقابل هذا النص المادة 157 من القانون المدني المصري و المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي.
3 - Christian lapoyade DESCHAMPS, **Droit des obligations**, Ellipses, Paris, 1998, p 113.
4- د. مصطفى عبد السيد الجارحي،" فسخ العقد..."، مرجع سابق، ص 82 .

المدين بالالتزام بمراعاة حسن النية يعتبر كالإخلال بأي التزام آخر ناشئ عن العقد وبذلك يكون مبررا للفسخ[1].

لذلك فبمجرد تخلف المدين عن التزامه التعاقدي، فان ذلك يعطي الحق للدائن في التحلل من العلاقة العقدية، لأن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه بصدد عقد ملزم للجانبين يجعل من التزام الطرف الآخر غير ذي فائدة، باعتبار أن العقد الملزم للجانبين يقوم على فكرة ترابط و تقابل الالتزامات، التي تجعل من تنفيذ كلا الطرفين لالتزامه تحقيق الغرض الذي استهدفه المتعاقدان من هذا التعاقد.

ثانيا - جواز عدول الدائن عن طلب الفسخ

لكل دائن في العقود الملزمة للجانبين أن يعدل عن دعوى الفسخ إلى طلب التنفيذ[2]، ذلك أن مصلحة المتعاقد بالالتزام الذي لم ينفذ يجب أن يترك تقديرها له وحده، فهو أدرى من غيره ومن القضاء أيضا بالنسبة إلى اختيار الوسيلة التي تحقق له الحماية القانونية لحقوقه، وعليه لا يجوز حرمانه من الوسائل التي لم تقرر إلا لمصلحته.[3]

بناء على المفهوم الحديث لنظرية فسخ العقد، ووفقا لما تقضي به التشريعات الحديثة ويسايرها في ذلك الفقه فإن للدائن سلطة في إيقاع الفسخ أو عدم إيقاعه بعد رفع دعوى بفسخ العقد، فهو يستطيع أن يستمر في تمسكه بطلب الفسخ، و بذلك يمكن أن تنحل الرابطة العقدية إذا ما رأى القاضي مبررا لذلك.[4]

1- و لقد عرضت على محكمة النقض الفرنسية قضية تتلخص وقائعها في "أن شخصا أمن على حياته لدى شركة تأمين، وأعطته الشركة وثيقة مؤقتة لحين تحرير الوثيقة النهائية و لما حررت الوثيقة النهائية كانت تتضمن أقساط مخفضة، غير أن الشركة تمسكت رغم ذلك بالوثيقة المؤقتة و قد اعتبرت المحكمة أن هذه التصرفات تعتبر إخلالا بالاتفاق الذي تضمنه عقد التأمين، و تعسفا من الشركة يجيز الحكم بفسخ عقد التأمين". نقلا عن محمد لبيب شنب، الجحود المبتسر..."، مرجع سابق، ص ص69-70.

2- د. أمجد محمد منصور ، **النظرية العامة للالتزامات....**، مرجع سابق، ص 209 .

3- د. عبد الحي حجازي ،" مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص 473 .

4 - La protection des parties dan le contrat , p 2, voir :http://www.batirnover.com.

لكن المتعاقد الدائن يستطيع من ناحية أخرى أن يمنع الفسخ و ذلك بأن يستبدل بطلبه طلبا آخر بالتنفيذ، خاصة و أن الفسخ القضائي لا يقع إلا بعد استصدار حكم قضائي من القاضي المعروض عليه النزاع [1]، أما إذا صدر هذا الحكم و حاز قوة الشيء المقضي وأصبح نهائيا، فإنه لا يجوز للمتعاقد الدائن بعد ذلك أن يعدل عن الفسخ إلى طلب التنفيذ، لأن الرابطة التعاقدية التي كانت موجودة و محلا للنزاع لم تعد قائمة في نظر القانون، وبالتالي فلا معنى للرجوع.[2]

فقد يتضح للدائن قدرة المدين على التنفيذ، الأمر الذي يؤدي إلى الاستمرار في العقد قائما بين طرفيه، بأن يباشر المدين بعد أن يعدل الدائن عن دعوى الفسخ في تنفيذ التزاماته المترتبة عن العقد، وأنه من الظلم أن يحرم الدائن من تعديل طلباته بما يتفق مع مصلحته، و لا يجوز أيضا أن يحرم من الرجوع إلى الأصل الذي يقتضي أن يكون التنفيذ هو المقتضى الطبيعي للعقد.[3]

يستوي في الأمر أن يكون الدائن قد عدل عن طلب الفسخ أمام المحكمة الابتدائية أوأمام المجلس، ذلك أن هذا الطلب الذي يتقدم به المتعاقد الدائن أمام المجلس يعتبر من الطلبات العارضة التي أجازها قانون الإجراءات المدنية، لأنه متصل ومرتبط بأصل الدعوى ولا يعتبر طلبا جديدا يمكن معه رفض دعوى التنفيذ، التي لم يتقدم بها المتعاقد الدائن أمام المحكمة الابتدائية على أساس أنه من الطلبات الجديدة التي لا يجوز طرحها لأول مرة أمام المجلس القضائي، ذلك أن طلب التنفيذ ولو لم يطرح صراحة من المتعاقد الدائن أمام المحكمة الابتدائية، فهو ضمنا مطروح منذ البداية بحيث لو تحقق التنفيذ ما جاز للدائن طلب فسخ العقد الذي يقوم أساسا على عدم التنفيذ[4].

---

1 - Henri, Léon , Jean (MAZEAUD) , François CHABAS , **Leçon de droit**..., Op.cit, p 1143.

2 - عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...**، مرجع سابق، ص 196 .

3- نفس المرجع، ص197.

4 - د. مصطفى عبد السيد الجارحي ،" فسخ العقد..."، مرجع سابق، ص85 .

لذلك فإنه لا مانع من الناحية القانونية و رغم تحقق شروط المطالبة بفسخ العقد، من أن يكتفي الدائن بالمطالبة بالتنفيذ فيكون ذلك تنازلا منه عن حقه في طلب الفسخ، غير أنه يجب ألا يستنتج النزول عن حق طلب الفسخ من مجرد سكوت المتعاقد الدائن عن طلب التنفيذ، أو ما شابه ذلك من الملابسات و الظروف التي تحيط بالدائن، ذلك أن هذا التفسير يؤدي إلى حرمان الدائن من حماية حقوقه[1].

لقد أورد المشرع إعمالا للقاعدة العامة الواردة في المادة 119من القانون المدني بعض التطبيقات التي تعطي للدائن الخيار بين التنفيذ والفسخ، وقد نصت المادة 370 من نفس القانون على " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع، وإما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن".

خلاصة القول أن الدائن له حق الخيار في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه المقابل بين طلب تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا، و يكون ذلك برفع دعوى يجبر فيها المدين على القيام بتنفيذ التزامه وبين أن يطلب فسخ العقد و التحلل من الالتزامات الملقاة على عاتقه، كما أن هذا الخيار ليس نهائيا فان اختار دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنها و يتمسك بالفسخ، كما له إن بدأ بطلب التنفيذ أن يعدل عنه ويتمسك بدعوى الفسخ .

المطلب الثاني

خيار الدائن في الفسخ الاتفاقي

عندما يكون الفسخ قضائيا فانه لا يترتب على البدء بطلب التنفيذ أن يفقد الدائن حقه في المطالبة بالفسخ بعد ذلك إذا تبين له عدم جدوى طلب التنفيذ، كما أنه للدائن الخيار بين التمسك بالفسخ والمطالبة بالتنفيذ، لذلك لا يعتبر الفسخ بالنسبة إليه أمرا حتميا، وبذلك يكون للدائن نفس الحق في الفسخ الاتفاقي[2]، إذ أنه لا يقع الفسخ لمجرد عدم تنفيذ المدين

1 - نفس المرجع، ص86

2- د. عبد الحي حجازي، "مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص 476.

لالتزامه بل يقع عندما يتمسك به الدائن، لذلك فمن حقه أن يختار التنفيذ العيني للالتزام (الفرع الأول) كما له أن يتمسك بفسخ العقد إذا كانت مصلحته تقتضي ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حق الدائن في المطالبة بتنفيذ العقد

لا يفسخ العقد الذي تم فيه الاتفاق مسبقا على الفسخ لمجرد عدم التنفيذ، بل يكون الأمر متروكا لتقدير الدائن، فينفسخ العقد فقط إذا تمسك الدائن بالفسخ إثرعدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية. وبذلك يحق للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد (أولا) ورغم ذلك لا يعتبر متنازلا عن حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة، بل يجوز له أن يعدل عن التنفيذ ويتمسك بالفسخ (ثانيا).

أولا - بدء المتعاقد الدائن بطلب التنفيذ

عند التمعن في مضمون نص المادة 120من القانون المدني المتعلقة بالفسخ الاتفاقي فإنه متى وقع عدم التنفيذ لم يعد يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ، باعتبار أن العقد معلق على شرط فاسخ هو عدم التنفيذ، بحيث إذا تحقق عدم التنفيذ انفسخ العقد من تلقاء نفسه.

فلم يحدد القانون المدني الجزائري على غرار القانون المدني المصري و القوانين العربية الأخرى صراحة، مدى حق المتعاقد الدائن بالالتزام في فسخ العقد أو عدم فسخه عندما يكون الفسخ اتفاقيا، وإنما اقتصرت المادة 120من القانون المدني على القول بأنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون، عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها و بدون حاجة إلى حكم قضائي...".

لذلك فإن عدم التنفيذ باعتباره أهم شرط تقوم عليه نظرية فسخ العقد لا يؤدي تحققه في حد ذاته إلى فسخ العقد، وإنما ينشأ عنه حق المتعاقد الدائن في طلب الفسخ إذا كان

الأمر يتعلق بالفسخ القضائي، أو التمسك بالفسخ إذا كنا بصدد عقد يتضمن اتفاقا يقضي بفسخ العقد بإرادة منفردة[1].

ويترتب على ذلك أن المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ، يكون له حق أصلي وحيد وهو المطالبة بتنفيذ العقد و هذا هو الأصل الطبيعي لجميع العقود، و ينشئ له عدم التنفيذ حقا احتياطيا وهو الحق في فسخ العقد، فإذا فضل المطالبة بالتنفيذ وهو الحق الأصلي بدلا من تمسكه بفسخ العلاقة العقدية رغم تحقق عدم التنفيذ، فليس في ذلك تعارض مع الاتفاق على الفسخ الذي اتفق عليه المتعاقدان منذ إبرام العقد، ذلك لأن مصلحة المتعاقد الدائن متروكة لتقديره هو، لأنه قد يرى أن فسخ العقد لا يجديه في شيء[2].

بذلك يتعين للمحافظة على مصلحة الدائن وهو من وضع اشتراط الفسخ لمصلحتـــه ألا يكون لهذا الاشتراط أثر تلقائي، بل يكون للدائن الخيار بين أن يطالب بتنفيذ العقد أو التحلل منه، ولذلك يكون معنى عبارة من تلقاء نفسه الواردة في المادة 158 من القانون المدني المصري ليس أن العقد ينفسخ بمجرد عدم التنفيذ بدون توقف على إرادة الدائن، بل المقصود بهذه العبارة أن يقع الفسخ بإرادة الدائن عندما يصدر منه تعبير عن إرادته في التمسك بالفسخ[3].

لذلك فإن الاتفاق مقدما على الفسخ بسبب عدم التنفيذ، لا يترتب عليه أن يصبح الفسخ أمرا حتميا بالنسبة للدائن إن تحقق عدم التنفيذ، كما لا يترتب عليه بالتالي سقوط حق الدائن في الخيار بين طلب التنفيذ و بين التمسك بالفسخ[4].

بناء على ذلك فإن مضمون نص المادة 120من القانون المدني المتعلقة بالفسخ الاتفاقي يوحي لنا بأن للدائن الحق في أن يفضل طلب التنفيذ العيني للالتزام، على أن

1 - عبد الكريم بلعيور ، **نظرية فسخ العقد...**، مرجع سابق، ص 233 .

2- نفس المرجع، ص 234 .

3- ولقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن " اشتراط الفسخ يترتب عليه بقوة القانون فسخ العقد فورا ابتداء من الوقت الذي يعبر فيه الدائن عن إرادته في هذا الصدد" . نقلا عن: د. مصطفى عبد السيد الجارحي ،" فسخ العقد...." ، مرجع سابق، ص ص118-119.

4- د.توفيق فرج، **النظرية العامة...**، مرجع سابق، ص200.

يطالب بالتحلل من الرابطة العقدية، ذلك لأن التنفيذ غالبا ما يكون أفضل وسيلة لحماية حقوقه. وبذلك فان المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ ليس مجبرا على التمسك بفسخ العقد حتى في حالة الفسخ الاتفاقي، بل يجوز له أن يبدأ بطلب التنفيذ ولا يعتبر ذلك نزولا منه عن حقه في الفسخ.

ثانيا: عدول الدائن عن طلب التنفيذ

يجوز للدائن في الفسخ القضائي إن بدأ برفع دعوى التنفيذ أن يعود فيرفع دعوى الفسخ[1]، لكن عندما يكون هناك اتفاق صريح على الفسخ عند عدم التنفيذ، فيوجد رأيين في هذا الصدد فالرأي الأول يذهب إلى أن الدائن في حالة الاتفاق على الفسخ بإرادة منفردة عند عدم التنفيذ يكون صاحب حق إرادي في فسخ العقد، و يكون بالخيار بين أن يستعمله وألا يستعمله أي أنه عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه تنفيذا صحيحا، وفي الميعاد المتفق عليه يكون بالخيار بين التنفيذ والفسخ[2].

فإذا اختار التنفيذ انسد في وجهه التمسك بالفسخ بصفة نهائية، ويترتب على ذلك خضوع العلاقة التعاقدية للقاعدة العامة الواردة في المادة 157مدني مصري، أي أن الدائن إذا طلب تنفيذ العقد فانه ينزل عن حقه في الفسخ بإرادته المنفردة، و يبقى له طبعا الحق في اللجوء إلى الفسخ القضائي[3].

أما الرأي الثاني فيذهب إلى أنه إذا كان العقد يتضمن اتفاقا صريحا على الفسخ بإرادة واحدة عند عدم التنفيذ، ولم ينفذ المدين التزامه وطالبه الدائن بالتنفيذ بدلا من تمسكه بالفسخ، فلا يمتنع عليه إن أصر المدين على عدم التنفيذ أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة بتعبير يوجهه إلى المدين يبلغه فيه أنه متمسك بالفسخ[4].

---

1 - La résolution du contrat ,p 1, voir : http:// www.dissertationgratuites.com

2- د. عبد الملك محسن المحبشي، النظام القانوني لفسخ العقد في إطار المجموعة العقدية، جامعة عين شمس، مصر، 2006، ص 1، أنظر الموقع: ?http://www.yemen.nic.info/contents/../detail.php

3 -عبد الرحمن بن عايد بن خالد، أباب انحلال العقود المالية، ص3 أنظر الموقع: http://www.feqhweb.com

4 عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ..**، مرجع سابق، ص 334.

ويحتج بعض أنصار هذا الرأي بأنه إذا جاز ألا يترتب على المطالبة بالتنفيذ سقوط الحق في الفسخ القضائي، فأولى أن يجوز ذلك في حالة الفسخ بإرادة واحدة، ومن ثم لا يجوز وفقا لهذا الرأي اعتبار الدائن متنازلا عن حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة لمجرد أنه بدأ بمطالبته المدين بالتنفيذ بدلا من التمسك بالفسخ[1].

بناء على ذلك، لا يجوز اعتبار الدائن متنازلا عن حقه في فسخ العقد بإرادته المنفردة لمجرد أنه بدأ بمطالبة المدين بالتنفيذ بدلا من التمسك بالفسخ، لأن الاتفاق الصريح على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم التنفيذ، إنما وجد لتقوية حماية حق الدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فلا يعقل إن طالب الدائن بالتنفيذ وهذا هو المقتضى الطبيعي للعقد، أن يعتبر نازلا عن حقه في الفسخ و هو الحق الذي اشترطه لحالة عدم التنفيذ.[2] وبالتالي فان البدء في طلب التنفيذ لا يمكن اعتباره حجة على أن الدائن قد تنازل عن حقه في فسخ العقد بمقتضى الاتفاق، ذلك أن الهدف من الاتفاق على الفسخ الذي أجازه القانون في العقود الملزمة للجانبين، يتمثل أصلا في تقوية مركز الدائن الذي لم ينفذ التزامه و حماية حقوقه حماية أكثر[3].

فعندما يتضمن العقد اتفاقا يقضي بفسخ العقد بإرادة الدائن المنفردة عند عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه، فانه لا يوجد ما يمنع الدائن إذا كان قد طالب المدين بالتنفيذ العيني للالتزام، من أن يتمسك بفسخ العقد بإرادته المنفردة بعد أن يستئيس من التنفيذ[4].

1-د. عبد الحي حجازي، "مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص122.

2 - و لقد قضت محكمة النقض الفرنسية أنه "إذا كان سند الدائن يخوله الحق في طلب التنفيذ و الحق في طلب الفسخ، فلا يعتبر متنازلا عن الحق الثاني لمجرد استعماله للحق الأول". نقلا عن د- عبد الحي حجازي،" مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص 123

3 - Le juge et la résolution du contrat inexécuté,p3, voir : http:// www.academon.fr.

4- محمد عكروش، فسخ العقد وفقا لنصوص القانون، مؤسسة الوحدة للصحافة والطباعة والنشر، دمشق، سوريا، ص2 .http://www.justice-lawhome..com

الفرع الثاني

اختيار الدائن التمسك بالفسخ الاتفاقي

عند عدم تنفيذ المدين لالتزاماته التعاقدية الناشئة عن عقد تضمن اتفاقا يقضي بفسخ العقد بإرادة واحدة، يجوز للطرف الدائن في العقد أن يبدأ باختيار الفسخ (أولا) كما يجوز له العدول عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ(ثانيا).

أولا : بدء الدائن التمسك بالفسخ

لا يحصل فسخ العقد بإرادة واحدة من تلقاء نفسه لمجرد عدم التنفيذ، بل يحصل عندما يستعمل الدائن حقه الإرادي عن طريق توجيه إعلان إلى المدين[1]، لأن الفسخ لا يقع إلا باجتماع واقعتين تقع إحداهما بعد الأخرى عدم التنفيذ والتمسك بالفسخ عن طريق التعبير، فعدم التنفيذ ينشأ به للدائن الحق في الفسخ، أما التمسك بالفسخ فيتحقق به فسخ العقد، وبذلك لا يجوز للدائن أن يتمسك بالفسخ قبل تحقق عدم التنفيذ لعدم نشوء الحق في الفسخ[2].

فإذا اختار المتعاقد الدائن التمسك بالفسخ المتفق عليه دون المطالبة بالتنفيذ بمجرد وقوع عدم التنفيذ، فيكون بذلك قد فضل استعمال حقه الاحتياطي المتفق عليه في العقد، بدلا من حقه الأصلي الذي تنشأ لأجله جميع العقود وهو التنفيذ[3].

يكون التعبير بالفسخ صريحا أو ضمنيا، فيمكن اعتبار تكليف الطرف الآخر بالحضور أمام المحكمة متضمنا التعبير بالفسخ، ولا يشترط أن يأخذ التعبير بالفسخ شكلا معينا فكما

1- طه محمود عبد الجليل، الشرط الفاسخ الصريح، ص3 أنظر الموقع: http://www.mohamoon.com، 2009/11/10

2 - د. مصطفى عبد السيد الجارحي،" فسخ العقد ..."، مرجع سابق، ص 83 .

3- نفس المرجع ، ص84.

يمكن أن يحصل بالكتابة يجوز أن يقع باللفظ، غير أن سكوت الدائن عن استعمال حقه في الفسخ بعد تحقق عدم التنفيذ، لا يجوز اعتباره بصفة عامة نزولا عن التمسك بحق الفسخ[1].

أما عن الوقت الذي يحصل فيه هذا التعبير فليس هناك ميعاد يتعين على الدائن أن يعبر فيه عن إرادته بالفسخ و إلا سقط حقه في التمسك به، ذلك أن الطرفين يستطيعان في الاشتراط أن يحددا الوقت الذي لا يجوز بعده للدائن أن يصدر تعبيره[2].

لذلك لا يجب على المدين أن يتمادى في عدم تنفيذه لالتزاماته العقدية، فلا يحق له أن يستمر في ذلك ثم يؤاخذ الدائن على سكوته عن فسخ العقد، لأنه قد يكون سكوت الدائن طوال هذه المدة عن رغبة منه في أن يمكن المدين من التنفيذ، فلا يجوز له أن يقابل تلك الرغبة المحمودة من جانب الدائن إصرارا من جانب المدين على عدم التنفيذ[3].

ثانيا- عدول الدائن عن طلب الفسخ

إن القضاء الفرنسي غير مستقر في الأخذ بجواز عدول الدائن عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المؤجر يجوز له بعد أن أظهر نيته في التمسك بالفسخ أن يعدل عنه، ولكنها قضت بغير ذلك فيما بعد، وفي ايطاليا تذهب محكمة النقض إلى أنه يجوز للدائن أن ينزل عن أثار اشتراط الفسخ سواء بعدم تمسكه بالفسخ أو حتى بعد تمسكه به، وذلك بأن يتخذ مسلكا يتعارض مع إرادة التمسك بالفسخ.[4]

استنادا إلى ذلك يمكن القول أنه يجوز للدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ أن يعدل عن طلبه و يتمسك بتنفيذ العقد، فإذا جاز له ذلك في الفسخ القضائي فلما لا يجوز له ذلك في الفسخ الاتفاقي.

1 - د. عبد الحي حجازي،" مدى خيار الدائن ..."، مرجع سابق، ص132 .

2 - د. محمد حسين منصور، **مصادر الالتزام** ...، مرجع سابق، ص 408 .

3 - د. عبد الحي حجازي، "مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص 132

4- نقض ايطالي 8 نوفمبر 1957 نقلا عن عبد الحي حجازي ، "مدى خيار الدائن..." ، ص134 .

غير أن هناك اختلاف بين الفسخ القضائي و الاتفاقي من حيث الأثر، ففي الفسخ القضائي عندما يتمسك الدائن بالحق في الفسخ برفعه الدعوى لا يؤدي ذلك إلى فسخ العقد، بل يظل العقد قائما ولو حكم القاضي بالفسخ مادام أن الحكم لم يصر بعد نهائيا[1].

يكون بذلك طريق الخيار الآخر لا يزال صالحا للاستعمال، ولهذا جاز للدائن بعد رفعه دعوى الفسخ بل بعد صدور الحكم بالفسخ و قبل صيرورته نهائيا أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ، ذلك أن الفسخ ليس إلا طريقا احتياطيا يتم اللجوء إليه عندما لا يحصل الدائن على تنفيذ الالتزام، أما إن كان قد بدأ بطلب الفسخ فان الفسخ لا يصير بمجرد طلبه أمرا حتميا مادام لم يصدر به حكم نهائي، إذ لا تزال الأمور على ما هي وبذلك لا يوجد ما يمنع الدائن من الرجوع إلى الطريق الأصلي وهو طلب التنفيذ[2].

لكن ليس الأمر كذلك في حالة اشتراط الفسخ بإرادة منفردة، بل هو مختلف جدا إذ ما يكاد يعلن الدائن عن نيته في التمسك بالفسخ حتى ينفسخ العقد، فلا يعقل أن يتمسك به مرة أخرى لأن الفسخ لا يقع إلا على عقد قائم، كما لا يعقل أن يتمسك بالتنفيذ بعد تمسكه بالفسخ لأنه لا يتصور طلب تنفيذ العقد إلا عند وجود ذلك العقد، لكن في هذه الحالة فالعقد قد زال بسبب الفسخ.[3]

لذلك يلتزم الدائن بالفسخ نهائيا إذا تمسك به، و يكون عندئذ قد خلق بإعلانه التمسك بالفسخ مركزا قانونيا جديدا يجوز به للمدين أن يحاجج به الدائن، ولا يستطيع الدائن وحده أن يمحو هذا المركز أو يعطله، بل لابد من اتفاق جديد بينه و بين المدين إذا أراد الرجوع إلى العلاقة الأولى مرة أخرى[4].

1- عبد القادر الفار، **أحكام الالتزام، أثار الحق في القانون المدني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص138.

2 - Inexécution des obligations et résolution, p2, voir : http://www.lexinter.Net

3 - د-عبد الحي حجازي ،" مدى خيار الدائن ..."، مرجع سابق، ص 136 .

4- نفس المرجع، ص 137

من هنا يظهر الفرق بين الفسخ القضائي و الفسخ بإرادة الدائن المنفردة، و ذلك من حيث المراحل التي يمر بها كل منهما، إذ يمر الفسخ القضائي بمراحل ثلاث عدم التنفيذ التعبير عن الإرادة بطريق رفع الدعوى، ثم صدور حكم بالفسخ.

في المرحلة الأولى (عدم التنفيذ) لا يقع الفسخ، و في المرحلة الثانية (رفع دعوى الفسخ) لا يقع الفسخ كذلك و يبقى العقد في هاتين المرحلتين قائما، ومن ثم يكون للدائن أن يمارس حقه في الخيار، فيجوز له أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ، أما في المرحلة الثالثة حيث يصدر الحكم ويصير نهائيا فان العقد يفسخ، ولا يجوز للدائن بعد ذلك أن يطلب التنفيذ[1].

أما الفسخ بإرادة منفردة فيمر بمرحلتين، الأولى هي عدم التنفيذ والثانية هي إعلان الدائن عن تمسكه بالفسخ، ففي المرحلة الأولى لا يفسخ العقد لمجرد عدم التنفيذ بل يظل قائما، ويجوز للدائن أن يمارس حقه في الخيار فيطلب الفسخ أو يطلب التنفيذ، وفي المرحلة الثانية حيث يتمسك الدائن بالفسخ ينفسخ العقد نهائيا، ولا يجوز للدائن بعد ذلك أن يتمسك بالتنفيذ[2].

غير أنه لا يجوز للدائن الذي فسخ العقد بإرادته المنفردة وفقا للعقد أن يرجع في الفسخ لا صراحة ولا ضمنا متى أنتج الفسخ آثاره بوصول التعبير إلى علم المدين، و بهذا الحل لا يكون أحد المتعاقدين تحت رحمة الآخر، ويكون لكل من المتعاقدين إنهاء حالة الشك التي تنشأ بسبب عدم التنفيذ[3].

كما أن الأخذ بجواز العدول عن الفسخ الاتفاقي إلى طلب التنفيذ بعد إعلان المتعاقد الدائن عن نيته في الفسخ غير مفيد من الناحية العملية، إذ يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات، ويجعل مصير العقد بالنسبة إلى الدائن غير معروف، إذ أن الأخذ به يعني

1- د. عبد الحميد الشواربي، **فسخ العقد**... مرجع سابق، ص 15.

2- رزق بن مقبول الحمدان الريس، فسخ العقود المتبادلة بين الجانبين، ص 2، http://www.f.law.net.

3 - Inexécution du contrat, p 2, voir :http://www.polycopies.free.fr/inexécution.htm

بطريقة غير مباشرة أن المدين يبقى مهددا من حين لآخر بمطالبة الدائن له بالتنفيذ ولو بعد مدة طويلة من إعلان الفسخ.

غير أن المقصود من عدم جواز عدول الدائن عن تمسكه بالفسخ الاتفاقي إلى طلب التنفيذ، لا يسري مفعوله إذا وقع قبل وصول الإعلان عن الفسخ إلى علم المدين، لأن العقد قبل ذلك لا يزال قائما ومن ثم ليس هناك ما يمنع من عدول المتعاقد الدائن عن تمسكه بالفسخ إلى طلب التنفيذ[1]. وبناء على ذلك فان المتعاقد الدائن الذي أعلن عن تمسكه بالفسخ ووصل إعلانه إلى المتعاقد الآخر لا يجوز له أن يعود مرة أخرى إلى طلب التنفيذ.

1 - د. أمجد محمد منصور، **النظرية العامة...**، مرجع سابق، ص 212 .

خلاصة الفصل الأول

الفسخ نظام قانوني يخول للمتعاقد الدائن الحق في التحلل من العلاقة العقدية التي تربطه بالمدين الذي امتنع عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويمثل بذلك حماية لحقوق الدائن الذي يصبح في مركز أقوى من مركز المدين. و لقد منح القانون للطرف الدائن في العقد الحق في الخيار بين طلب التنفيذ العيني للالتزام وطلب الفسخ سواء تعلق الأمر بالفسخ القضائي أو الاتفاقي، غير أنه إذا كان للدائن الحق في فسخ العقد بسبب إخلال المتعاقد معه بالتزاماته، فإنّ هذا الحق المعترف به قانونا وقضاء محدود، وذلك حماية لاستقرار المعاملات (الفصل الثاني).

الفصل الثاني

حدود ممارسة الدائن لحق طلب الفسخ

خوّل القانون للمتعاقد الدائن حق التحلل من التزاماته العقدية في مواجهة المدين المقصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية. غير أنه وضع حدود لمنع تعسف الدائن في استعمال حق الفسخ حيث نجد للقاضي دور في مجال فسخ العقد.

تقتصر وظيفة القاضي في الأصل على تفسير العقود وتطبيقها، غير أنه توجد حالات تستدعي تدخله خاصة فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات التعاقدية. فقد تثور نزاعات بين الطرفين المتعاقدين حول كيفية تنفيذ العقد مما يؤدي إلى عدم الاستقرار في العلاقات العقدية، وبذلك يتدخل القاضي لتعديل العقد عندما يقتضي الحال ذلك[1] لأنّ القاضي يتمتع بقدرة الفصل في النزاع[2].

كما أن للقاضي دورا هاما حين تصل الأطراف المتعاقدة إلى حل العقد و بالتالي هدم القوة الملزمة للعقد. فيظهر مجال تدخل القاضي حيث أن طلب الفسخ يكون من القضاء كقاعدة عامة، فيكون للقاضي سلطة تقديرية في طلب الفسخ القضائي (المبحث الأول).

غير أن منح المتعاقدين حرية الاتفاق على الفسخ عند عدم التنفيذ لا يستبعد حتما إمكانية تدخل القاضي، بل نجده يتمتع بسلطة تقديرية حتى بصدد الفسخ الاتفاقي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

دور القاضي في الفسخ القضائي

يعتبر تدخل القضاء أمرا ضروريا في الحكم بالفسخ، و يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في مجال الفسخ القضائي[3]، إذ أنه لا يستجيب دائما لطلب الدائن طالب الفسخ بل له

1- خديجة فاضل، *تعديل العقد أثناء التنفيذ*، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع العقود والمسؤولية)، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، السنة الجامعية 2001-2002، ص 75 .

2- فاطمة الزهراء تبوب، *السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات المدني*، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ابن عكنون، السنة الجامعية 1996/1997، ص 8.

3- د محمد حسن قاسم، **القانون المدني، العقود المسماة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص145.

الخيار في الاستجابة أو عدمها رغم أن الدائن يصر على الفسخ. إذ يمكن له أن يستجيب ويحكم بالفسخ إذا رأى أن الشروط متوفرة ، كما يمكن له رفض طلب الفسخ و يقضي بتعويض مناسب من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو أن يمنح المدين أجلا للتنفيذ.[1]
وبذلك يظهر نشاط القاضي التقديري في الحكم بفسخ العقد من عدمه (المطلب الأول) وإذا ما حكم القاضي بفسخ العقد فيترتب على ذلك آثار قانونية يخضع لها كلا الطرفين المتعاقدين (المطلب الثاني).

المطلب الأول

سلطة القاضي التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه

يتمتع القاضي بنشاط تقديري بصدد تقرير الفسخ القضائي للعقود الملزمة للجانبين، سواء تعلق هذا النشاط بالشروط الواجب توافرها (الفرع الأول) أو بالحكم بالفسخ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

دور القاضي بالنسبة لواقعة الإخلال بالالتزام

يجب على القاضي في مجال الفسخ القضائي أن يقف عند واقعة الإخلال بالالتزام (أولا) وذلك بالاعتماد على معيار قانوني يسمح له بتقدير مدى جسامة هذا الإخلال (ثانيا).

أولا - تقدير القاضي لواقعة الإخلال بالالتزام

يقصد بإخلال المدين بالتزامه عدم وفائه بالالتزام على النحو المتفق عليه في العقد وفق ما تقتضيه مبادئ حسن النية في المعاملات و مبادئ العدالة. كالتزام البائع بتسليم

1 -Henri, Léon, Jean(MAZEAUD) , François CHABAS ,**Leçons de droit**... Op.cit, p 1145.

كمية من القمح فيمتنع عن تسليمها، أو يسلم جزء منها فقط و يمتنع عن تسليم الباقي[1]. و بذلك فان أول الشروط التي يجب توافرها للقول بالفسخ هو أن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى خطأ المدين. و يقوم القاضي في هذا الصدد بتقدير واقعة عدم التنفيذ ونسبتها إلى خطأ المدين، فإذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى سبب أجنبي كان انفساخ العقد بحكم القانون وليس الفسخ القضائي الذي يترتب على عدم تنفيذ المدين لالتزامه.[2]

لذلك حتى يكون هناك فسخ بحكم القضاء يجب أن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى غير سبب أجنبي، والقاضي هو الذي يتولى تقدير أن التنفيذ العيني أصبح غير ممكن بفعل المدين أو لا يزال ممكنا و لكن المدين لم يقم بالتنفيذ[3].

كما أن القاضي هو الذي يتولى تقدير أن الدائن طالب الفسخ مستعد للقيام بتنفيذ التزامه و ذلك حتى يكون على حق في طلب الفسخ[4]. كذلك يقوم القاضي بتقدير مدى استعداد الدائن لرد ما أخذه ذلك لأن الفسخ من شأنه أن يعيد الشيء إلى أصله، وبذلك فإذا كان الدائن طالب الفسخ قد تسلم شيئا بموجب العقد و باعه لآخر فان التزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشيء من يد المشتري ليرده إلى من تعاقد معه، إذ في ذلك إخلال بالتزامه بالضمان[5].

قد يكون عدم التنفيذ كليا أو جزئيا أو تنفيذا معيبا أو تأخيرا في التنفيذ، وقد يكون الجانب غير المنفذ على قدر كبير من الأهمية بالنسبة للالتزام ككل، أو يكون قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في مجموعه، و بالتالي فان تقدير جسامة عدم التنفيذ الجزئي أو التنفيذ المعيب متروك لتقدير القاضي[6].

1-د. عبد الحكم فوده، **إنهاء القوة الملزمة....**، مرجع سابق، ص 433 .

2- إبراهيم بن حرير، *السلطة التقديرية....*، مرجع سابق، ص 133 .

3 - Comment comprendre la résolution judicaire d’un contrat, p 2, voir : http://www.commentfaiton.com .

4 - La résolution du contrat, p 3, voir :http ://www.scribd.com.

3- نبيل إسماعيل عمر، **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية و تطبيقية)**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 258 .

6- د. عبد الحكم فوده، **إنهاء القوة الملزمة...**مرجع سابق، ص 437 .

ثانيا: معيار القاضي في تقدير الإخلال بالالتزام

اختلف الفقه حول ماهية المعيار الذي يطبقه القاضي عند تقدير جسامة الإخلال بالالتزام فيذهب البعض إلى أنه المعيار الموضوعي، بينما يستند البعض الآخر إلى المعيار الشخصي.

1- المعيار الشخصي: يعتمد المعيار الشخصي على ذات المتعاقد أو نيته بصرف النظر عن كمية عدم التنفيذ أو كيفيته. كما لا ينظر إلى الالتزام هل هو التزام جوهري أم ثانوي، و هل أن العلاقة بين الالتزامات المتقابلة ضعيفة أم قوية.والتركيز على نية المتعاقدين بصدد تنفيذ الالتزام وهل يعتبر عدم التنفيذ من وجهة نظرهما جسيما أم بسيطا فإذا كان جسيما فمعنى ذلك أنهما رتبا عليه الفسخ، وإذا كان بسيطا فلا مجال لتوقيع الجزاء[1] .فالعبرة إذن ليست بالضرر المترتب عن عدم التنفيذ أو جسامة المخالفة، و إنما العبرة بإرادة الطرفين المتعاقدين بشأن الإخلال بالتنفيذ. و يتم الكشف عن هذه النية من شروط العقد أو من الظروف الخارجية عنه و التي قد تكشف عن هذه النية[2].

2- المعيار الموضوعي: يجب على القاضي معرفة ما إذا كان تخلف الكمية أو الكيفية في الأداء من الأهمية بحيث يترتب عليه فوات المنفعة التي يرجوها الدائن. إذ أن أساس الفسخ هو النظر إلى ما يفوت من مصلحة الدائن بسبب عدم التنفيذ[3].

فالمعيار المادي أو الموضوعي ينصب على كم الالتزام الذي لم ينفذ، أو على الكيفية في الأداء. فإذا كان الالتزام محله إعطاء كمية من الحبوب فان تخلف المدين عن تسليم جانب من الشيء المتعاقد عليه هو الذي يدور حوله تقدير القاضي، وهل هذا القدر على جانب كبير من الأهمية بالنسبة إلى الالتزام من عدمه[4].

1 -Caroline DUPARC, L'ordre de l'exécution..., Op.cit , p 158.
2 -Inexécution du contrat synallagmatique, p1, Voir : http://.www.lemondepolitique.fr/com/droit.../inexecuton.htm

3- د عبد الحكم فوده، **إنهاء القوة الملزمة...**، مرجع سابق، ص438.

4 - د. عبد الحي حجازي ،" مدى خيار الدائن ..."، مرجع سابق، ص 138 .

كذلك الحال إذا كان محل الالتزام هو القيام بعمل، فإذا تعاقد رب العمل مع عامل على انجاز قدر معين من العمل كطلاء وحدة سكنية فنفذ العامل جميع مكونات الوحدة و لم يبق منها سوى الشرفة، فان الالتزام يكون قد نفذ في معظمه و لا محل للفسخ. أما إذا كان ما نفذ هو القدر البسيط فان القاضي يوقع الفسخ.[1]

أما بالنسبة للكيف فانه ينظر إلى كيفية التنفيذ هل تمت على النحو المتفق عليه في العقد و الذي يحقق الغرض الاقتصادي من التعاقد، و يعود بالنفع المطلوب على الدائن. فإذا كنا بصدد عقد صنع اتفق فيه الدائن مع الصانع المدين على صنع شيء معين بمواصفات فنية معينة فأنجزها الصانع و لكن بمواصفات مغايرة، فان عدم التنفيذ يكون قد وقع من حيث الكيف[2].

يربط الفقه الفرنسي المعيار المادي أو الموضوعي بنوع الالتزام الذي حدث الإخلال به فإذا كان الالتزام جوهريا أو رئيسيا كان ذلك موجبا للفسخ نظرا لجسامة الإخلال، أما إذا كان الالتزام ثانويا فلا مبرر للفسخ. ذلك أن الالتزام الرئيسي هو ما كان أساسا لتحديد محل العقد، وبدونه لا يكون للعقد غرض اقتصادي حتى يمكن أن يقدم التعاقد على إبرامه[3].

فمثلا بالنسبة لعقد البيع يعتبر الالتزام بتسليم المبيع و نقل الملكية من الالتزامات الجوهرية للبائع، كذلك بالنسبة للمشتري فإن الالتزام بسداد الثمن من الالتزامات الجوهرية، ويعتبر التزام البائع بضمان عدم التعرض أو العيوب الخفية من الالتزامات الثانوية .

يكون الالتزام ثانويا إذا كان من توابع العقد و إن كان يساهم في تحقيق الغرض الاقتصادي من التعاقد. ولكن ليس من الضروري أن كل إخلال بالتزام ثانوي يوجب

1 - د. مصطفى عبد السيد الجارحي،" فسخ العقد..".، مرجع سابق، ص 86 .

2 - Denis MAZEAUD, **Contrat et obligation**..., Op.cit, p 763.

3 - Jacques GHESTIN, **Traité de droit**...Op.cit, p 249.

رفض الفسخ، فقد تصل أهمية الالتزام الثانوي إلى درجة الالتزام الجوهري، بحيث يكون ذا شأن بالنسبة للمتعاقد كالتزام البائع بضمان الاستحقاق[1].

إلى جانب طبيعة الالتزام ودورها في الفسخ، توجد طبيعة العلاقة بين الالتزامات المتقابلة. فإذا كانت هذه العلاقة قوية أدى ذلك إلى الفسخ لجسامة الإخلال، أما إذا كانت ضعيفة فان ذلك يعني بساطة الإخلال و بالتالي رفض الفسخ، فإذا كانت العلاقة قوية فان عدم التنفيذ يعني و لو كان جزئيا جسامة الإخلال[2].

إن ضعف العلاقة يأتي من سببين أولهما قابلية الالتزام الرئيسي للتجزئة و يستدل على ذلك بتحليل شروط العقد و نية المتعاقدين. فإذا بيعت الأشياء بسعر الوحدة فمعنى ذلك أن في نية الأطراف أن كل جزء من البضاعة يقابله جزء من الثمن، و أن التوازن يقوم فقط بين كل جزء و ما يقابله. أما إذا كان البيع بثمن محدد جملة فهذا يدل على أن العلاقة قوية و غير قابلة للانقسام[3].

على القاضي أن يطبق المعيار الشخصي إذا اكتشفت عنه ظروف التعاقد، و ذلك نزولا منه على إرادة الطرفين و إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة. فإذا لم يكن هناك اتجاه من المتعاقدين إلى تطبيق المعيار الشخصي، كان على القاضي أن يلجأ إلى المعيار الموضوعي فكل معيار مكمل للآخر[4].

1- مصطفى عبد السيد الجارحي،" فسخ العقد..."، مرجع سابق، ص 87 .

2- عادل جبري محمد حبيب، **التنفيذ العيني...**، مرجع سابق، ص93.

3 -. د. عبد الحي حجازي ،" مدى خيار الدائن ..."، مرجع سابق، ص 140

4- وقد طبقت محكمة النقض المصرية المعيارين معا في دعوى حيث قضت أنه " لا معقب على محكمة الموضوع إذا هي ناقشت في حدود سلطتها التقديرية دعوى الفسخ و رأت بناء على أسباب سائغة رفضها، و إذن فمتى كان الواقع هو أن الطاعن اشترى سيارة من المطعون ضدها، وتعهدت البائعة بعمل الإجراءات اللازمة لنقل الرخصة لاسم المشتري في مدة معينة و إلا التزمت برد الثمن الذي قبضته مع فوائده و غرامة بمبلغ معين، وكان الحكم إذ قضى برفض دعوى الفسخ المقامة من المشتري قد أقام القضاء على سببين، الأول أن ملكية السيارة و حيازتها قد انتقلتا للمشتري من وقت البيع و انه يظهر من سكوت المشتري انه لم يرد على هذه المسألة ولأنه ثبت أن المشتري قد تسلم المبيع وانتفع به خلال ثلاث سنوات و نصف، وأن المبيع من الأشياء القابلة للاستهلاك، أما السبب الثاني أن البائعة عرضت على المشتري نقل الرخصة لاسمه، فلم يشأ أن يتعاون معها في إتمام الإجراءات، فانه ليس فيما يقرره هذا الحكم مخالفة للقانون". نقلا عن: د- عبد الحكم فوده، **إنهاء القوة الملزمة...**، مرجع سابق، ص336.

الفرع الثاني

دور القاضي بصدد إيقاع الفسخ

تنص المادة 119 من القانون المدني في فقرتها الثانية "... ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات" . يستفاد من هذا النص أنه إذا ما رفع الدائن دعواه مطالبا فسخ العقد إزاء عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، فليس ذلك أن القاضي يكون مجبرا على الحكم بالفسخ، بل له سلطة تقديرية في إيقاع الفسخ أو عدمه فيجوز له أن يمنح المدين أجلا للتنفيذ (أولا)، و يمكن له رفض طلب الفسخ(ثانيا) كما يمكنه أن يفسخ العقد فسخا جزئيا(ثالثا).

أولا : سلطة القاضي في منح المدين أجلا للتنفيذ

قد تتوافر للدائن الشروط القانونية لفسخ العقد و يقوم بجميع الإجراءات الواجب إتباعها ليتحلل من الالتزامات التي رتبها العقد على عاتقه .غير أن القاضي قد لا يحكم له فورا بالفسخ، وإنما يقوم بمنح المدين أجلا لعله يقوم بالتنفيذ خلاله مما يجعل الفسخ لا مبرر له إذا ما قام المدين بالتنفيذ خلال الأجل، لأن الغرض الأصلي من إبرام العقود هو تنفيذها لا فسخها[1].

1-الفرق بين الأجل الوارد في المادة 119 والأجل الوارد في المادة 281 من القانون المدني

إن سلطة القاضي في منح المدين أجلا في الواقع هي استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن لكل متعاقد الحق في طلب الفسخ لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته التعاقدية الواردة في المادة 1/119من القانون المدني المتعلقة بالفسخ القضائي.

1- حسين تونسي، **انحلال العقد...**، مرجع سابق، ص35.

لكن القانون المدني زيادة على ما جاء به في المادة 2/119 نص في المادة 2/281 على ما يلي: "غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين و مراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا جالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز سنة". مما يدل أن للقاضي سلطة في منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه، لكن أي المادتين تطبق عند منح الأجل بصدد دعوى الفسخ.

إن الأجل الذي جاءت به المادة 2/281 من القانون المدني يكون بصدد دعوى التنفيذ، وأساسه هو قواعد العدالة و التخفيف من شدة القاعدة التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين الواردة في المادة 106من القانون المدني. و منه لا يجوز للقاضي منح المدين أجلا في دعوى المطالبة بالتنفيذ إلا في حالات خاصة تتطلبها حالته الاقتصادية أو مركزه المالي، إضافة إلى أنه لا يمكن أن تتعدى مدته سنة و إلا يؤدي التأجيل إلى إلحاق ضرر بالدائن[1].

أما الأجل الممنوح وفقا للمادة 2/119 من القانون المدني فيكون بصدد دعوى الفسخ، ومن ثم فأساسه الحد من صرامة الفسخ باعتباره جزاء ووسيلة خطيرة يترتب على استعمالها أثار خطيرة بالنسبة للعقد. ولذلك فان منح المدين أجلا للتنفيذ يمكن بواسطته تفادي ما قد يقع من جراء فسخ العقد، خاصة إذا كان هذا المدين حسن النية بالنسبة للتأخير في تنفيذ الالتزام و أنه لا يلحق التأخير بالدائن أي ضرر[2].

يختلف الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى الفسخ، عن الأجل الذي يمنحه في دعوى التنفيذ (نظرة الميسرة) الذي يرجع في أصوله الأولى إلى القانون الروماني، ويقصد به التخفيف من قسوة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

ذلك لأن نظرة الميسرة تمثل من ناحية خرقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين و خروجا على القوة الملزمة للعقد التي تعتبر مبدأ مسلما به في كل القوانين. فنظرة الميسرة هي

1- عائشة لبيوض، *فسخ العقد في القانون المدني الجزائري* ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، السنة الأكاديمية 2007-2008 ، ص 14 .

2- د. عبد الحي حجازي ،" مدى خيار الدائن ..."، مرجع سابق ، ص ص 31-32.

مهلة يمنحها القاضي للمدين بدين مستحق الأداء، وذلك مسندا للظروف السيئة التي يوجد فيها هذا المدين .فهي وسيلة استثنائية وسلطة تقديرية أعطاها القانون للقاضي، بقصد مساعدة المدين سيء الحظ وذلك عن طريق تأجيل الوفاء بالدين إذا استدعت ظروفه ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم[1].

لذلك فإذا رفع الدائن دعوى لفسخ العقد لتخلف المدين عن تنفيذ التزامه كليا أو جزئيا أو تنفيذه تنفيذا معيبا، ورأى القاضي أن المدين معذور في ذلك، فله أن يمنحه أجلا لتنفيذ التزامه تفاديا للفسخ[2]. وقد تكون الدعوى المرفوعة دعوى تنفيذ مقامة من طرف أحد المتعاقدين ضد الآخر، فيدفع المدعى عليه الدعوى بفسخ العقد موجها دعوى فرعية في هذا الصدد، عندئذ يتدخل القاضي بسلطته التقديرية لمنح المدين مهلة للتنفيذ[3].

إن منح القاضي مهلة للمدين لتنفيذ التزامه يبررها ظروف التعاقد و ظروف المدين الشخصية و كيفية تنفيذ العقد. فقد يرى القاضي أن المدين حسن النية سيء الحظ صادفته ظروف قهرية حالت دون تنفيذ الالتزام في الميعاد، بمعنى أن تأخر المدين في التنفيذ كان له سببه، كذلك إذا كان الدائن هو المتسبب في هذا التأخير، أو أنه لم يصبه ضرر من ذلك وأنه متعسف في طلب الفسخ، أو أن الجزء المتبقي قليل الأهمية بحيث يمكن تنفيذه إذا منح المدين أجلا لذلك[4].

ولقد منح قضاة المجلس لأحد الأطراف أجلا لتنفيذ التزاماته حيث وأنه قد تم ابرم عقد بين الطرفين (أ) و (ب) غير أن الطرف (ب) امتنع عن تنفيذ التزاماته العقدية استنادا إلى الظروف الأمنية السائدة في منطقة الأخضرية سنة 1994. حيث طرأت حوادث استثنائية عامة ترتبت عنها عدم الوفاء بالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، الأمر الذي أدى إلى تطبيق أحكام الفقرة الثانية من المادة 119 من القانون المدني. إذ أنه في

1- عبد المنعم موسى إبراهيم ، **حسن النية**....مرجع سابق، ص ص119-120.

2 محمد عكروش، فسخ العقد...، مرجع سابق، ص4.

3- د. عبد الحي حجازي،" مدى خيار الدائن.."، مرجع سابق، ص 33

4- د. عبد الحكم فوده، **إنهاء القوة الملزمة**....مرجع سابق، ص 457 .

حين طالب الطرف (أ) بفسخ عقد البيع بسبب عدم تنفيذ الطرف (ب) لالتزامه، منح قضاة المجلس للمطعون ضده أجلا لتنفيذ التزامه، وبذلك يكون القضاة قد أحسنوا في تطبيق القانون[1].

غير أنه إذا منح القاضي المدين أجلا للتنفيذ وجب على هذا الأخير أن يقوم بتنفيذ التزامه في خلاله[2]، و ليس للقاضي أن يمنحه أجلا آخر لتنفيذه بل يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بانقضاء ذلك الأجل، و لو أغفل القاضي النص على ذلك في حكمه[3].

فعندما يستعمل القاضي حقه في منح الأجل وقت نظره دعوى الفسخ، لا يصدر حكمين يقضي في أولهما بمنح المدين مهلة لكي ينفذ خلالها فإذا انقضت هذه المدة دون تنفيذ فانه يصدر حكمه الثاني الذي يقضي فيه بالفسخ، بل يجوز له وهو يعطي مهلة للمدين أن يحكم عليه بالفسخ فيما لو انقضت هذه المهلة دون أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه. ومثال ذلك أن تقضي المحكمة على المدين بتنفيذ الالتزام في ظرف مدة معينة من تاريخ إعلان الحكم، وإلا اعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بدون حاجة إلى إجراءات جديدة[4].

معنى هذا أنه لن يكون إلا حكم واحد يشتمل على أمرين، يتمثل الأمر الأول في الحكم بإعطاء المدين أجلا لتنفيذ التزامه. ويتمثل الثاني في الحكم بالفسخ الذي يقع عند انقضاء الأجل الممنوح دون تنفيذ. ويعتبر الشرط في هذه الحالة واقفا فمادام أنه لا يزال يجوز للمدين أن ينفذ في خلال المهلة الممنوحة له فمعنى ذلك أن العلاقة الناشئة من العقد لا تزال قائمة، وأنه لكي يتحقق الشرط فيقع الفسخ يجب أن يستمر عدم التنفيذ بعد انقضاء الأجل.

1- قرار المحكمة العليا رقم 212782 الصادر في 200/01/12، م ق، ع 1، 2001، ص ص114-116.
2 - Résiliation du contrat, p 2, voir :http://www.lawperationnel.com.
3- العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام**... مرجع سابق ، ص ص 310 - 311.
4 - د. عبد الحي حجازي،" مدى خيار الدائن..." ، مرجع سابق ، ص 34 .

غير أنه قد يحدث أن يعطي القاضي للمدين مهلة لتنفيذ التزامه، دون أن يحكم عليه في نفس الوقت بفسخ العقد عند انقضاء هذه المهلة، فهل يجب على القاضي بعد أن تنقضي المدة دون تنفيذ أن يحكم بالفسخ؟

يذهب الفقه المصري إلى أن القاضي لا يجوز له أن يعطي المدين مهلة أخرى، وأن العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء ذاته بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك، لأن المهلة التي يعطيها القاضي للمدين في دعوى الفسخ هي استثناء من الأصل، وهو حق المتعاقد في طلب الفسخ لعدم وفاء المتعاقد الآخر بالتزامه، و يترتب على ذلك أنه يجوز للدائن بعد انقضاء المهلة التي منحها القاضي للمدين دون أن يقوم بالوفاء، أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء ذاته بدون حاجة للجوء إلى القاضي مرة ثانية ليحكم له بالفسخ[1].

إن منح المدين أجلا للتنفيذ يمكن بواسطته تفادي ما قد يقع من جراء فسخ العقد، و من هنا يكون الأجل في مجال الفسخ في واقع الأمر هو السعي من أجل المحافظة على بقاء العقد و تنفيذه ما أمكن. وهكذا يتضح أن منح المدين أجلا للتنفيذ قبل الحكم بالفسخ أمر متروك للقاضي الذي يعرض عليه النزاع كقاعدة عامة.

بذلك يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين ما هو إلا دليل على تمتع القاضي بسلطة تقديرية بصدد الفسخ. ذلك لأن القضاء يسعى من وراء ذلك إلى تشجيع الأطراف المتعاقدة على تنفيذ العقد و الاستمرار بذلك في العلاقات العقدية التي تربط الطرفين. كما أنه قد تعترض المدين أسباب تمنعه من تنفيذ الالتزام، فغالبا ما يحتاج إلى منحه أجلا لأنه قد لا يرغب كلا الطرفين في هدم الرابطة العقدية، فيكون هذا الأجل وسيلة ينفذ بها المدين التزاماته ليبقى بذلك العقد قائما ومنتجا لآثاره بين طرفيه.

1- د. عبد الحي حجازي،" **مدى خيار الدائن...**" ، مرجع سابق ، ص 35 .

2-الحالات المقيدة لسلطة القاضي في منحه المدين أجلا للتنفيذ

إن سلطة القاضي التقديرية في منح المدين أجلا للتنفيذ لا ينبغي أن يبالغ فيها إذ توجد حالات لا يجوز فيها للقاضي أن يمهل المدين كما لو كان هذا الأخير ملتزما بعدم القيام بعمل و لكنه قام به، إذ يصبح تنفيذ الالتزام الذي يرجوه الدائن و الذي تعاقد من أجله مستحيلا مما يجعل منح الأجل لا فائدة منه[1]. كذلك الحال إذا التزم المدين بالقيام بعمل في وقت معين، ثم لم يقم به في الوقت المتفق عليه مما يجعل التنفيذ بعد ذلك لا فائدة منه بالنسبة للدائن، ومن ثم لا فائدة من إعطاء المدين أجلا للتنفيذ.

كما أنّ المدين سيء النية لا يجوز للقاضي أن يمهله أجلا، لأن الأصل في تنفيذ العقد هو حسن النية طبقا للمادة 1/107من القانون المدني ، ومنه يجب مجازاته بجزاء مشدد لا أن يعامل معاملة حسنة. ويتضح بذلك أن منح المدين أجلا للتنفيذ أمر متروك للقاضي المعروض أمامه النزاع فإذا تبين له فائدة منه منحه له، أما إذا تبين له أنه لا جدوى منه حكم بالفسخ دون منحه الأجل.

ثانيا: سلطة القاضي التقديرية في رفض طلب الفسخ

إذا لم ينفذ المدين التزامه فللدائن أن يرفع دعوى الفسخ ليتحلل بدوره من الالتزامات التي رتبها العقد على عاتقه .غير أن عدم التنفيذ الذي يطالب الدائن من أجله بالفسخ قد يكون جسيما وقد يكون يسيرا. فقد لا ينفذ المدين أي جزء من التزامه وقد ينفذ الجزء الأكبر منه كما أنه قد ينفذ الالتزام الرئيسي من العقد دون التزامه الثانوي، وقد يكون مجرد التأخير في تنفيذ الالتزام[2].

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في رفض طلب الدائن الذي يتمثل في فسخ العقد لقلة أهمية الجزء الذي لم ينفذه المدين بالنسبة إلى الالتزام في جملته. و ذلك طبقا لنص الفقرة

1- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...** مرجع سابق ، ص 183.

2- Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, **Traité de droit**..., Op. cit, p 162 .

الأخيرة من المادة 119من القانون المدني "...كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

يتبين من خلال هذه الفقرة أن للقاضي دورا هاما في تقدير جسامة عدم التنفيذ التي أدت بالدائن إلى المطالبة بفسخ العقد. فيمكن أن يكون عدم التنفيذ المدعى به من طرف الدائن كليا أي أن المدين لم ينفذ جميع الالتزامات التي رتبها العقد على عاتقه، وفي مثل هذه الحالات غالبا ما يستجيب القاضي لطلب الفسخ.

غير أنه يجوز للقاضي أن يرفض الحكم بالفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته[1]. هنا نكون بصدد تنفيذ جزئي للالتزام أي أن تقصير المدين ليس على درجة من الجسامة حتى تستدعي من القاضي أن يحكم بالفسخ، فيكتفي في هذه الحالة الحكم بتعويض للدائن عن الضرر الذي لحق به بسبب عدم تنفيذ جزء من الالتزام، أو التنفيذ المعيب له أو التأخير في تنفيذه[2].

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في تحديد مدى جسامة الإخلال الجزئي بالالتزام و هل يقتضي الحكم بالفسخ أم الاكتفاء بالتعويض. وهنا تظهر أهمية سلطة القاضي في تقدير جسامة عدم التنفيذ، وحتى يصل إلى معرفة درجة هذه الجسامة عليه الاستعانة بمعيارين[3].

1- اعتماده المعيار الذاتي في رفض طلب الفسخ

مؤدى هذا المعيار أن القاضي عند تقديره لجسامة عدم التنفيذ يأخذ في اعتباره بنية الدائن. فان وجد أن عدم التنفيذ و لو أنه جزئي يحرم الدائن من أداء يعتبر في نظره أهم عنصر في العقد كان ذلك كافيا لأن يحكم بالفسخ، أما إذا لم يجد هذه الأهمية فيمكن أن

---

1 - Pierre GUIHO , George PEYRARD ,**droit civil**...,Op.cit, p 265.

2- و قد قضت محكمة النقض المصرية أنه " إذا لم يتفق المتعاقدان على شرط صريح فاسخ و كان طلب الفسخ مقاما على الشرط الفاسخ الضمني فان محكمة الموضوع تملك رفض هذا الطلب في حالة الإخلال الجزئي، إذا ما بان لها أن هذا الإخلال هو من قلة الشأن بحيث لم يكن ليستأهل في قصد المتعاقدين فسخ العقد".نقلا عن د عبد الحي حجازي، "مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص36.

3 -نفس المرجع، ص37

يرفض طلب الفسخ[1]. ولقد وردت في القانون المدني عدة تطبيقات لهذا المبدأ ونذكر منها على سبيل المثال ما ورد في المادة 365منه التي تنص على أنه "... لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع، إلا إذا اثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع".

كما نصت المادة 370من نفس القانون " إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ العقد إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم البيع، وإما أن يبقي البيع مع إنقاص الثمن" ، وحسب هاتين المادتين يتبين أن المعيار الذاتي يعتبر الأساس الذي يستعين به القاضي عند تقديره لأهمية عدم التنفيذ التي تسبب فيها المدين.

إن الأخذ بالمعيار الذاتي يحقق العدالة التي تنشدها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين الواردة في المادة 106 من القانون المدني. ذلك أن القاضي حين يستعين بالمعيار الذاتي لا يقف عند القيمة المادية للالتزامات المتقابلة، وإنما يتجاوزها إلى أهميتها في نظر المتعاقد الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ[2]. ويترتب على الأخذ بهذا المعيار أن مهمة القاضي لا تكون عسيرة بعد أن يصل إلى معرفة أهمية عدم التنفيذ بالنسبة إلى الدائن، بحيث يستطيع الحكم بالفسخ أو رفضه مباشرة.

2- اعتماده المعيار الموضوعي في رفض طلب الفسخ

إذا كان الوضع العام بالنسبة إلى القوانين العربية و منها بطبيعة الحال القانون المدني الجزائري هو الاعتداد بالمعيار الذاتي مسايرة للقانون الفرنسي في ذلك، فان هذا لا يمنع القاضي في مجال بحثه عن تقدير جسامة عدم التنفيذ ليحكم بعد ذلك بفسخ العقد أو بعدم

1 - عائشة لبيوض ، *فسخ العقد* ... مرجع سابق، ص 16 .

2- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد**...، مرجع سابق ، ص 178 .

فسخه، من أن يستعين بالقواعد الموضوعية للوصول إلى الحكم الذي سيصدره بعد تحققه من صحته[1].

إن المقصود بالقواعد الموضوعية التي يستند إليها القاضي خلال بحثه في تقدير جسامة عدم التنفيذ ،هو ألا يكون دائما على أساس نظرة الدائن إلى مصلحته المعتدى عليها من طرف المتعاقد الآخر. بل لابد من الأخذ بعين الاعتبار بما يرتبه عدم التنفيذ من الاختلال في التوازن بالنسبة إلى الالتزامات المتقابلة في مجموعها[2]، و لو لم يكن الدائن بالالتزام يتوقع ذلك عند إبرامه العقد مع المتعاقد الآخر[3].

لقد تناولت الفقرة الثانية من المادة 119 من القانون المدني حالة عدم التنفيذ الجزئي، أما عدم التنفيذ الكلي فليس للقاضي سلطة تقديرية بشأنه إذ عليه أن يوقع الفسخ طالما امتنع المدين عن تنفيذ التزامه كلية و لم يكن معذورا في ذلك. أما عدم التنفيذ الجزئي فهو الذي تدور حوله السلطة التقديرية برفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته.

بمعنى أنه ليس محتما على القاضي أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته. إذ له رغم ذلك أن يقضي بالفسخ إذا رأى أن الدائن يعول على القدر الذي لم ينفذ لأهميته بالنسبة إليه أو أن المدين متعسف سيء النية، أي أنه يدخل في اعتباره كل الظروف السابقة و اللاحقة على التعاقد لتقييم موقف المدين[4]. و بذلك فان العقد لا ينفسخ من تلقاء نفسه لمجرد عدم التنفيذ، بل أن القاضي هو الذي يبحث عن مدى جسامة عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي، وذلك بدراسة العناصر لتقدير ضرورة الفسخ من عدمه[5].

1- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد**...، ص 187 .

2- د. عبد الحميد الشواربي، **فسخ العقد**... مرجع سابق ، ص 38 .

3- د. عبد الحي حجازي،" مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص 177 و 178.

4-علي بن سليمان، دروس في مادة الالتزامات، ص2، أنظر الموقع: http://www.palmoon.net

5 - Résiliation des contrats, p 2, voir : http:// www.ariase.com

كما أن محكمة النقض الفرنسية في حالة عدم التنفيذ الجزئي للعقد، تعطي للمحاكم سلطة رفض طلب الفسخ عندما يكون هناك تنفيذ لجزء هام من الالتزام و ذلك من أجل الحفاظ على بقاء العقد و استمراره، مادام أن الدائن قد يحصل على تعويض على الجزء الآخر الغير منفذ. ولتقديره مدى أهمية الجزء المنفذ من العقد يجب على القاضي الرجوع إلى النية المشتركة للمتعاقدين[1].

غير أنه بالرجوع إلى نص الفقرة الثانية من المادة 119من القانون المدني و نص الفقرة الثانية من المادة 157 من القانون المدني المصري ،فان كلا المادتين تشيران إلى أهم أحوال عدم التنفيذ التي تتمثل في حالة عدم التنفيذ الجزئي أو الناقص، الذي يصيب الوجود المادي للمحل أو يصيب المنفعة المرجوة منه وهذا هو مقتضى المعيار الموضوعي الذي يتعلق بكمية عدم التنفيذ. ولما كانت هذه المادة هي القاعدة العامة في الفسخ، فيمكن القول بأن المعيار العام في تقدير جسامة عدم التنفيذ هو معيار موضوعي.

غير أن المشرع المصري لم يقتصر على المعيار الموضوعي في تقدير جسامة عدم التنفيذ الجزئي، فإلى جانب اهتمام القاضي بمحل العقد يهتم كذلك بنية المتعاقدين. و بذلك فان تقدير عدم التنفيذ من حيث كونه يقتضي الفسخ أو لا يقتضيه، يجب ألا يقتصر في بعض الأحوال على نسبة الجزء الذي لم ينفذ. فقد تكون العبرة بالأهمية التي يعطيها المتعاقدان للجزء غير المنفذ.

غير أنه سواء كان عدم التنفيذ شخصيا أم موضوعيا، فان الحكم بالفسخ عند عدم التنفيذ الجزئي يكون إذا كان الجزء الأكبر من الالتزام لم ينفذ، و ذلك لأن ضياع الجزء الأكبر من مصلحة المدين هو أقوى دليل على مدى جسامة عدم التنفيذ. كما أن الغرض

---

1 - Frédéric-Jérôme PANSIER, Robert WINTGEN, **Cinquante commentaires d’arrêts en droit des obligations**, Ellipses, Paris, 2000 , p 105 .

من التنفيذ الكامل للالتزام هو تحقيق مصلحة الدائن، فإذا لم ينفذ المدين إلا بعض التزامه فمعنى هذا أن مصلحة الدائن لم تتحقق إلا بصفة جزئية[1].

لذلك فإذا كان الجزء الأكبر من مصلحة الدائن قد تحقق بتنفيذ الجزء الأكبر من الالتزام، فللقاضي ألا يحكم بالفسخ، ويكتفي بتعويض الدائن عن الجزء القليل الذي لم ينفذ. و بذلك فان جسامة عدم التنفيذ تتوقف عند مدى ما يفوت من مصلحة الدائن بسبب عدم التنفيذ[2].

إن مسألة الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به مسألة جوازية تخضع إلى سلطة القاضي التقديرية، و هو ما تقضي به الفقرة الأخيرة من المادة 119من القانون المدني المتعلقة بالفسخ القضائي، حين صرحت بجواز رفض القاضي لطلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات[3].

من هذا المنطلق يحق القول بأن للقاضي دورا هاما في تقدير جسامة عدم التنفيذ الذي أدى بالدائن إلى المطالبة بفسخ العقد. ذلك أن عدم التنفيذ الذي يشكو منه المتعاقد الدائن بالالتزام ليس دائما على درجة واحدة، فقد يكون عدم التنفيذ كليا أي أن جميع الالتزامات التي رتبها العقد لم تنفذ، و غالبا ما يستجيب القاضي في هذه الحالة لطلب الفسخ.

غير أن عدم التنفيذ قد يكون جزئيا في بعض الحالات الأخرى، و في هذه الحالة تظهر أهمية سلطة القاضي التقديرية في تقدير جسامة عدم التنفيذ حتى يقضي بالفسخ أو عدمه[4].فإذا قدر القاضي أن عدم التنفيذ الجزئي لم يبلغ قدرا من الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته، فله أن يرفض طلب الفسخ على أساس أن ما لم يوف به المدين قليل الأهمية[5].

1- د. عبد الحي حجازي ،" مدى خيار الدائن..." ، مرجع سابق، ص 48 .

2 François collart DUTILLEUL, Philippe DELEBECQUE , **Contrat civil**..., Op . cit, p 201.

3- د عبد الحي حجازي، "مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص49.

4 - Résiliation des contrats,p1, voir : http://www.planet.fr.

5 - Philippe LE TOURNEAU, **Responsabilité civile**..., Op. cit , p 15.

نخلص إلى القول أن طلب الفسخ الذي يتقدم به الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ ما هو إلا أمر جوازي بالنسبة إلى القاضي. و يترتب على ذلك أن القاضي ليس مجبرا على الحكم لصالح من تقدم بطلب الفسخ و إنما له سلطة تقديرية في ذلك. فقد يحكم لصالح الدائن بفسخ العقد، و بالتالي يتحلل من التزاماته نحو المدين إذا كان عدم التنفيذ يبلغ قدرا كبيرا من الأهمية، و قد يرفض الفسخ فيبقى العقد قائما بين الطرفين، إذا كان الجزء الذي لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كافة الالتزامات التي يرتبها العقد، مكتفيا في ذلك بتعويض الضرر الناشئ من عدم تنفيذ بعض الالتزام.

ثالثا : سلطة القاضي في فسخ العقد فسخا جزئيا

تقضي قواعد نظرية فسخ العقد العامة، بأن يكون فسخ العقد بالنسبة إلى جميع أجزاء العقد عندما يكون عدم التنفيذ كليا، أي أن يكون المدين بالالتزام لم يقم بالتنفيذ و لو في جزء بسيط من العقد. كما أن فسخ العقد كليا أو رفضه رفضا نهائيا هو الأصل العام الذي تبنى عليه سلطة القاضي التقديرية[1].

غير أنه يرد على هذا الأصل العام استثناء يجيز فيه القانون و المنطق القانوني للقاضي أن يتخذ موقفا وسطا بين فسخ العقد كليا أو رفضه كليا، و ذلك بأن يفسخ جزءا ويبقي بقية الأجزاء الأخرى و ليس هناك ما يمنعه من ذلك. و يتحقق هذا الحل عندما يكون عدم التنفيذ جزئيا، كأن يقوم المدين بتنفيذ بعض التزاماته الناشئة عن العقد، و يمتنع عن إتمام تنفيذ ما بقي في ذمته[2].

إن الفسخ الجزئي للعقد يتصور في العقود التي تتضمن أداءات متتابعة أكثر من غيرها، كما لو كان الأمر يتعلق بعقد من عقود التوريد، حيث يمكن أن يقتصر الفسخ على الأداء المعيب أو الناقص. و الشيء الذي يساعد على إمكان حصول الفسخ الجزئي في هذا النوع من العقود هو أنها تنشئ سلسلة من الالتزامات المتقابلة، أو مجموعة من

1- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...**، مرجع سابق، ص 191

2 - Le juge et la résolution du contrat inexécuté, p3, voir : http://www.accademon.fr .

الأداءات مستقل بعضها عن بعض، بحيث يمكن فصل كل جزء من هذه الأجزاء دون أن يمس ذلك بالغرض الذي استهدفه المتعاقدين من التعاقد[1].

يترتب على قابلية هذه العقود للانقسام إلى أجزاء متعددة من الأداءات، أنه يمكن أن يقع الفسخ على أداء معين دون أن يؤثر ذلك على الأداءات الأخرى. و بذلك يمكن فسخ عقد التوريد فسخا جزئيا،[2] وكذلك عقد التأمين باعتباره عقد مستمر. كما يترتب على قابلية هذه العقود للانقسام إلى أداءات مستقلة بعضها عن بعض، أنه مهما بلغت درجة جسامة عدم تنفيذ أحد هذه الأداءات لا يؤدي ذلك إلى وجوب فسخ العقد كله، بل يقتصر الفسخ على هذا الأداء[3].

فلما كان الفسخ الجزئي في واقع الأمر ما هو إلا استثناء من الأصل العام و هو فسخ العقد كليا أو رفضه نهائيا من طرف القاضي الذي يرفع إليه النزاع، فلذلك يجب ألا يطبق في جميع العقود بل يجب قصره على عقود المدة، لأنها العقود التي يمكن أن يطبق فيها الفسخ الجزئي الذي يحقق مصلحة المتعاقدين معا[4].

يصل القاضي إلى تقرير الفسخ الجزئي للعقد بتقديره جسامة عدم التنفيذ. فإذا قدر أن عدم التنفيذ الجزئي لم يبلغ قدرا من الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته، وأن تنفيذه صار مستحيلا فله إزاء طلب الفسخ سلطة تقديرية،[5] فله أن يقضي بالفسخ الجزئي بدلا من الفسخ الكلي. و الرأي الراجح في الفقه يؤيد سلطة القاضي في اختيار الفسخ الجزئي لأنه

1- محمد عبد الملك محسن الحبشي، النظام القانوني...، مرجع سابق، ص 2.

2-ولقد قضت محكمة القاهرة الابتدائية بأنه " لا يلزم أن يصيب الفسخ الرابطة العقدية كلها فيرفعها و يرجع الطرفان المتعاقدين الى ما كانا عليه ، بل يجوز أن يقتصر على جزء من الالتزام الذي فات تنفيذه". نقلا عن د. عبد الحي حجازي، "خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص ص50-51

3 - Jean CARBONNIER , Droit civil….,op cit , 322.

4- د. عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...**، مرجع سابق، ص 192 .

5- نفس المرجع، ص 193.

يبدو للقاضي أكثر ملائمة، وأوفر لمصلحة الطرفين والعدالة، خاصة إذا كان الالتزام قابلا للتجزئة والانقسام، مثل ذلك تخفيض ثمن البضاعة بقدر ما نقص منها في عقد البيع[1].

المطلب الثاني

الآثار القانونية المترتبة عن الحكم بالفسخ

يترتب على فسخ العقد كقاعدة عامة وفقا للشروط و الإجراءات القانونية السابقة انحلال العقد ومحو آثاره بأثر رجعي. وبالتالي زوال الالتزامات التي كانت قد نشأت عنه قبل ذلك، فيصير العقد بعد إيقاع الفسخ لا وجود له من الناحية القانونية بالنسبة إلى المتعاقدين ويعاد كل منهما إلى ما كان عليه قبل التعاقد[2]. لأن العلاقة التعاقدية لم يعد لها وجود يستند إليه الدائن أو المدين، بل زالت هذه العلاقة كنتيجة حتمية من نتائج فسخ العقد (الفرع الأول). ولا يقتصر الأثر الرجعي للفسخ على الطرفين المتعاقدين بل يتعدى إلى الغير (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أثر فسخ العقد على المتعاقدين

لما كانت القاعدة العامة المترتبة على فسخ العقد هي محو آثاره في الماضي، و إعادة المتعاقدين إلى الوضع الذي كانا عليه من قبل، فإنه يجب إخضاع الدائن لأحكام هذه القاعدة و كذلك الأمر بالنسبة للمدين.

أولا : خضوع الدائن لقاعدة زوال العقد بأثر رجعي

لا صعوبة في تطبيق هذه القاعدة حين لا يكون الدائن قد تلقى شيئا من المدين، إذ أن مجرد إيقاع الفسخ يجعله متحللا من التزاماته التعاقدية التي كانت على عاتقه نحو الطرف الآخر. و من ثم لا يرد الدائن للمدين شيئا ولا يسترد منه شيئا.

1- د. مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص 102 .

2- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ...**، مرجع سابق، ص271

غير أن الأوضاع التي تحدث في الميدان العملي ليست دائما على هذا النحو من السهولة، فقد يكون الدائن قد تلقى بعض الأداءات من المدين كتنفيذ جزئي للعقد قبل فسخه و في هذه الحالة بما أن العقد قد زال بأثر رجعي نتيجة فسخه يجب عليه رد ما تلقاه من المدين، لأن المبرر القانوني الذي كان يمنحه حق الاحتفاظ به قد انتفى، وبالتالي لا يجوز له أن يحتفظ به و إلا كان حكمه حكم من قبض غير مستحق[1].

للدائن في نفس الوقت الذي هو مطالب فيه برد ما قبضه من المدين أن يسترد ما كان قد قدمه لمدينه كتنفيذ للعقد قبل فسخه. لأنه كما أوجب عليه القانون رد ما أخذه أعطاه الحق من جهة أخرى في استرداد الأداء الذي كان قد قدمه تطبيقا لقاعدة فسخ العقد، وإعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه من قبل وفقا لمقتضى نص المادة 122من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالأثر الرجعي لفسخ العقد.

قد يحدث في الحياة العملية أن يفسخ العقد ويسترد المتعاقد الدائن ما كان قد قدمه لمدينه من أداء ومع ذلك يلحق به ضرر من جراء فسخ العقد وفي هذه الحالة يحق للدائن وحده أن يطالب إلى جانب الفسخ بتعويض إضافي[2]، لأن حل الرابطة التعاقدية عن طريق الفسخ في بعض الحالات لا يكفي لإزالة الأضرار التي تكون قد لحقت بالدائن والناجمة عن عدم التنفيذ. كما لو كان العقد المفسوخ من عقود البيع و تغيرت أسعار المبيع في السوق، فانخفض ثمنها خلال الفترة التي بقي فيها المبيع بيد المدين فيجب على هذا الأخير دفع الفرق[3].

لقد نصت المادة 119من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالفسخ القضائي في فقرتها الأولى صراحة على التعويض إلى جانب الفسخ " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد أعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد، أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك". مما يدل على أن الفسخ

1 - د. العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام...**، مرجع سابق، ص 315 .

2- د. أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للالتزامات...**، مرجع سابق، ص ص 213 - 214 .

3 - نفس المرجع، ص215 .

وحده في بعض الحالات ليس كافيا لمحو ما يخلفه عدم التنفيذ الراجع إلى المدين من أضرار فوجب عليه التعويض.

تجدر الإشارة إلى أن التعويض الذي من حق الدائن الحصول عليه إلى جانب حقه في التحلل من التزاماته نتيجة فسخ العقد، لا يقوم على أساس المسؤولية العقدية، وإنما يقوم على أساس المسؤولية التقصيرية .ذلك أن فسخ العقد يؤدي إلى زوال العلاقة العقدية ليس فحسب من تاريخ إيقاع الفسخ، بل يمتد أثره إلى تاريخ إبرامه. ويترتب على ذلك أنه لا يصح القول بتأسيس المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، لأن العقد في حالة فسخه يكون قد زال بأثر رجعي يستند إلى يوم إبرامه، وبذلك يعتبر كأنه لم يكن قد أبرم[1].

لذلك، فان المتعاقد الدائن الذي له الحق في استرداد ما قدمه للمدين قد يحصل إلى جانب ذلك على تعويض، وبالتالي يكون قد جمع بين فسخ العقد و التعويض وهو أمر جائز من الناحية القانونية، خاصة عندما يكون عدم التنفيذ قد تسبب فيه المدين، إذ يستطيع القاضي في مثل هذه الحالة أن يحكم بفسخ العقد و التعويض في آن واحد[2]. كما هو الشأن بالنسبة إلى الجمع بين التعويض والمطالبة بالتنفيذ، ذلك لأن المادة 119 من القانون المدني الجزائري قد شملت الحالتين معا إذ تنص" ...مع التعويض في الحالتين ماذا اقتضى الحال ذلك".

غير أن التعويض الذي يحصل عليه الدائن في حالة الفسخ يكون على أساس المسؤولية التقصيرية، بينما يكون في حالة المطالبة بالتنفيذ على أساس المسؤولية العقدية و ذلك طبقا لقاعدة أن المتعاقد غير المخطئ يجب ألا يضار من التنفيذ المتأخر.

كما يترتب على الفسخ إلى جانب حق الدائن في استرداد ما قدمه إلى المدين، أن يكون له الحق في ألا يزاحمه الدائنون الآخرون فيما استعاده. ذلك أن الفسخ يخول للدائن

1 - Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN, Marc BILLIAU, **Traité de droit**..., Op. cit, p 163.

2- Ibid, p 164.

مركزا ممتازا على خلاف المطالبة بالتنفيذ التي يخضع فيها لقسمة غرماء كبقية الدائنين الآخرين.

ثانيا: خضوع المدين لقاعدة زوال العقد بأثر رجعي

إن فسخ العقد وزوال الالتزامات التي يكون قد أنشأها بأثر رجعي يجعل المدين أيضا مطالبا برد ما أخذه من المتعاقد الدائن. ويترتب على ذلك أنه إذا كان العقد الذي فسخ هو عقد من عقود البيع و كان المدين فيه هو المشتري، فانه بعد فسخه يطالب المشتري برد المبيع، و ما حصل عليه من ثمار سواء كانت هذه الثمار طبيعية أو مدنية، ذلك أن هذه الثمار تعتبر ملكا للبائع شأنها في ذلك شأن المبيع نفسه[1].

غير أنه إذا كان القانون يجيز للدائن الجمع بين الفسخ والتعويض فان هذه حالة خاصة بالنسبة إلى الدائن وحده. ومن ثم فإذا ألحق الفسخ ضررا بالمدين فلا يجوز له أن يطالب بالتعويض على غرار ما يجري به العمل بالنسبة إلى الدائن، بل يجب عليه أن يتحمل نتيجة تقصيره[2].

غير أن ذلك لا يمنع المدين من المطالبة باسترداد ما قدمه للدائن، وفوق ذلك فإذا كان العقد الذي فسخ من عقود البيع و كان المدين فيه هو المشتري فمن حقه أن يسترد الثمن والمصروفات التي أدخلها في سبيل إدخال تحسينات نافعة على المبيع وكذلك الأمر بالنسبة إلى النفقات التي يكون قد أنفقها للمحافظة على المنيع أي المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة وفقا للقواعد التي تقضي بها المادتان 784و785 من القانون المدني الخاصتان بالالتصاق.

كما يترتب أيضا على فسخ العقد وإعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد أن للمدين أن يجري المقاصة مع الدائن حين يكون ما يجب عليه رده وما يحق له استرداده نقودا. و العلة من جواز المقاصة في مجال الفسخ هي عدم إجباره على دفع ما بذمته ثم

1 - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **النظرية العامة...**، مرجع سابق، ص298 .

2- - نفس المرجع، ص299

سعيه من جهة أخرى إلى الحصول على حقه من المتعاقد الآخر ولذلك يحسن اختصار الطريق بهذه العملية القانونية التي تفيد الطرفين معا[1].

غير أن إجراء المقاصة لا يجوز الأخذ به في الحالات التي يكون فيها ما في حوزة المدين من الأشياء وما في حوزة الدائن نقودا، والعكس صحيح لأن قواعد نظام المقاصة تقضي بأن يكون الدينان المتقابلان نقدا في الجانبين. وبذلك يكون كل من الدائن والمدين مطالبا باسترداد ما حصل عليه من الجانب الآخر حتى تتحقق إعادتهما إلى الوضع الذي كانا عليه قبل إبرام العقد.

ثالثا: حكم استحالة إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد

قد يتحقق الفسخ و يزول العقد بأثر رجعي، إلا أن إعادة المتعاقدين إلى الوضع الذي كانا عليه قبل التعاقد يستحيل تحقيقها من الناحية العملية، كما لو هلك المبيع في يد المشتري ثم وقع الفسخ لصالح البائع[2]. ففي مثل هذه الحالة وعلى الرغم من انحلال الرابطة التعاقدية من الناحية القانونية، لا يمكن القول بإعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ومن ثم لا يستطيع الدائن الحصول على الأداء الذي يكون قد قدمه للمدين قبل فسخ العقد، كما لا يستطيع المدين الحصول على ما كان قد قدمه للدائن.[3]

أمام هذا الوضع نضم المشرع الجزائري على غرار القوانين العربية الأخرى قاعدة تعتبر استثناء من القاعدة العامة، أجاز فيها للقضاء الحكم بالتعويض عندما تتعذر إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه من قبل، فنص في المادة 122من القانون المدني على أنه "إذا فسخ العقد، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض". ويترتب على هذا النص انه إذا تم الفسخ ولم يستطع المدين رد الأداء الذي قبضه من الدائن عينا يتعين عليه أن يرد بدلا منه تعويضا عادلا.

1 - د. العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام**...، مرجع سابق، ص315 .

2 - Pierre GUIHO, Georges PEYRARD, **Droit civil**..., Op.cit, p 270.

3 - Ibid, p 271.

غير أنه ينبغي عدم الخلط بين هذا الحكم الأخير الذي قضت به المادة 122 من القانون المدني في عبارتها الأخيرة التي تقول " فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض"، وبين الحكم الذي قضت به المادة 119من نفس القانون والذي أجازت فيه أيضا التعويض لصالح الدائن. إذ أن التعويض وفقا للمادة 119 يجوز للقاضي الحكم به في جميع الحالات التي يرى فيها أن التعويض ضروري لجبر الضرر، بصرف النظر عن استحالة الرد أو عدم استحالته[1].

بناء على ما تقدم، فان التعويض الذي يجوز الحكم به في مجال فسخ العقد قد يكون نتيجة استحالة إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه من قبل، وذلك وفقا للمادة 122من القانون المدني وقد يكون نتيجة وقوع الضرر الذي أصاب الدائن من جراء عدم التنفيذ الذي أدى إلى فسخ العقد وفقا للمادة 119من نفس القانون. مما يترتب عليه أن التعويض في الحالة الأولى قاصر على الحالات التي يستحيل فيها إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد، في حين أنه يجوز الحكم به في الحالة الثانية، حتى لو استطاع الدائن أن يسترد ما قدمه للمدين عينا.

رابعا: حكم الأثر الرجعي للفسخ في عقد المدة

من المعروف أن نظرية فسخ العقد تشمل جميع العقود الملزمة للجانبين، وقد تكون هذه العقود فورية التنفيذ كما هي الحال بالنسبة إلى عقد البيع، وقد تكون مستمرة التنفيذ كما هو الشأن بالنسبة إلى عقد الإيجار. و إذا كان الفقه قد اتفق مجتمعا على صلاحية هذه العقود جميعا لتطبيق نظرية الفسخ فانه قد اختلف من ناحية الأثر الرجعي[2] ويمكن إرجاع هذا الخلاف إلى رأيين هما:

- **الرأي الأول:** يرى بعض الفقهاء أن الفسخ عندما يرد على عقود المدة لا يسري بأثر رجعي، وبالتالي لا تزول الالتزامات الناشئة عنه في الماضي، وإنما يكون

1- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد**...، مرجع سابق، ص 279.

2- د. عبد الحميد الشواربي، **فسخ العقد**...، مرجع سابق، ص 19 .

أثره قاصرا على إنهاء العلاقة التعاقدية بالنسبة إلى المستقبل، ولقد ذهب الفقهاء في هذا المجال مذاهب مختلفة لتبرير عدم رجعية أثر الفسخ إلى الماضي عندما يتعلق الأمر بعقود المدة[1].

فقد اختلفت الآراء في تبرير عدم رجعية الفسخ في عقود المدة. إذ ذهب البعض إلى أن هناك استحالة تمنع من رد الأشياء إلى أصلها. وذهب البعض الأخر إلى أن عدم تطبيق رجعية الفسخ هو نزول عند إرادة المتعاقدين، وقال آخرون بأن عقد المدة تتولد عنه عدة أداءات مستقل بعضها عن البعض الآخر، ومن ثم لا تتأثر إحداها بالأخرى عند فسخ العقد، أما الرأي الأخير فقد جعل عدم رجعية أثر الفسخ راجعا إلى طبيعة العقد في حد ذاته[2].

– **الرأي الثاني:** يرى فريق آخر من الفقه[3] أن الأثر الرجعي الذي يرتبه الفسخ واحد في جميع الحالات، ويجب العمل به في جميع العقود دون تمييز بين عقود المدة و العقود الفورية وذلك للأسباب التالية:

إن النصوص القانونية المنظمة لنظرية الفسخ العامة سواء في القانون المدني الجزائري أو في القوانين الأخرى، قد جاءت قاطعة الدلالة على أن الفسخ يزيل العقد بأثر رجعي، دون أن تستثني فئة معينة من العقود.

لا يمكن إنكار صعوبة أو استحالة رد المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد في حالة فسخ عقد المدة.غير أن المشرع نفسه قد تعرض لها ووضع حلا في نفس المادة المنظمة لآثار الفسخ، فأجاز الحكم بالتعويض عند استحالة رد الطرفين إلى الوضع الذي كانا عليه قبل إبرام العقد، و لم يفرق في هذا المجال أيضا بين استحالة الرد التي قد تقع

---

1 - د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الموجز في النظرية...**، مرجع سابق، ص 456 .

2- د. مصطفى عبد السيد الجارحي،" فسخ العقد..."، مرجع سابق، ص 119 .

3 - عبد الكريم بلعيور ، **نظرية فسخ العقد** ...، مرجع سابق، ص 281 .

في العقود الفورية، و التي تقع في عقود المدة[1] . ومادامت المادة 122من القانون المدني الجزائري تعالج الحالة التي يستحيل فيها الرد وتقضي بالتعويض فلا يعقل أن نقصرها على الاستحالة التي تقع في العقود الفورية وحدها لأن النص قد جاء مطلقا و دون تحديد لاستحالة معينة أو لفئة من العقود دون فئة أخرى.

بناء على ذلك، فإن فسخ عقد المدة تطبق عليه نفس الآثار التي يرتبها الفسخ وفقا للمادة 122 من القانون المدني. و مادامت عقود المدة لا يمكن فيها إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه من قبل، لأن عنصر الزمن عنصر جوهري في العقد ولا يمكن إعادته إلى الوراء، فنطبق الفقرة الأخيرة من المادة 122التي تجيز للمحكمة الحكم بالتعويض في حالة وقوع الاستحالة مادام النص الذي يحكم أثار فسخ العقد واحدا.

الفرع الثاني

أثر فسخ العقد بالنسبة إلى الغير

يترتب على فسخ العقد زوال حقوق الغير كقاعدة عامة (أولا) غير أنه ترد استثناءات على هذه القاعدة (ثانيا).

أولا : القاعدة العامة زوال حقوق الغير

القاعدة العامة التي تقضي بها النظرية العامة للفسخ، هي أن الأثر الرجعي الذي يرتبه فسخ العقد لا يقتصر على زوال العقد وما نشأ عنه من التزامات بالنسبة إلى أطرافه فحسب، بل يتعدى خطره إلى الكافة[2].

يترتب على ذلك أن الغير الذي تلقى حقا من أحد المتعاقدين وكان هذا الحق متعلقا بالشيء الذي كان محلا للعقد المفسوخ، يزول تبعا لزوال حقوق والتزامات المتعاقد الذي تعامل معه نتيجة فسخ العقد[3].

1- عبد الكريم بلعيور ، **نظرية فسخ العقد ...**، مرجع سابق، ص 282.

2– د العربي بلحاج، **النظرية العامة...**، مرجع سابق، ص 315.

3 - نفس المرجع ، ص 316 .

لذلك، فان الدائن الذي تقرر الفسخ لصالحه ضد مدينه، يكون طبقا لمنطق نظرية الفسخ معفى من الالتزامات التي كانت على عاتقه، وهذا الإعفاء الناتج عن الفسخ لصالح الدائن يكون في مواجهة المدين والغير معا. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للغير أن يحتج على الدائن بما رتبه العقد من التزامات تعاقدية قبل فسخه. لأنه كما لا يجوز للغير وفقا للقواعد القانونية العامة إنكار ميلاد العقد لأول مرة، فانه من جهة أخرى لا يجوز له إنكار انحلاله إذا ما تم وفقا لما يتطلبه القانون، بل يجب التسليم بهذا الانحلال ويكون بالتالي الفسخ حجة على الكافة[1].

بناء على هذه القاعدة العامة التي يرتبها فسخ العقد، فإن الحقوق التي تكون على المبيع مثلا لصالح الغير سواء كانت حقوق ارتفاق، أو انتفاع، أو أي حق آخر تزول بعد فسخ العقد بين المتعاقد الدائن والمدين. ومن ثم فان العين المبيعة تعود خالية من كل الحقوق التي رتبها المدين عليها.[2]

ان العلة من هذا الحكم، أن المدين الذي يكون قد رتب حقوقا لصالح الغير يعتبر في نظر القانون بعد إيقاع الفسخ ليس مالكا للشيء المبيع. وبالتالي فان كل ما رتبه من حقوق لا يسري في مواجهة المتعاقد الدائن، باعتباره هو المالك الأصلي للمبيع ما لم يقر البيع وفقا لقواعد بيع ملك الغير[3].

غير أنه لكي تكون هذه القاعدة واجبة النفاذ و سارية المفعول من الناحية القانونية في مواجهة الغير في مجال الفسخ، يجب على المتعاقد الدائن الذي تقرر الفسخ لصالحه أن يبادر بمجرد إيقاع الفسخ إلى تسجيل دعوى الفسخ، وأن يؤشر بها وفقا لقواعد الشهر العقاري، حتى لا يستطيع الغير أن يدعي في مواجهته أنه حسن النية، ولا يعلم ما يتهدد العقد من أسباب الزوال[4].

---

1 - Pierre GUIHO, Georges PEYRARD, **Droit civil**..., Op.cit, 268.

2 - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الموجز في النظرية....**، مرجع سابق، ص 705 .

3- د. العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام**...، مرجع سابق، ص 317.

4- نفس المرجع، ص318

و إذا كان الفسخ يؤدي إلى زوال العقد، وتبعا لذلك ما نتج عنه من التزامات وحقوق بأثر رجعي سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير وفقا للقاعدة العامة، وهو الغرض الذي قامت من أجله نظرية الفسخ في جميع صورها وتطبيقاتها، حماية للمتعاقد الدائن، وتقوية لمركزه القانوني في مواجهة المدين الذي لم ينفذ ما عليه من التزامات تعاقدية، فان هناك بعض قواعد قانونية وبعض اعتبارات منطقية على درجة من الأهمية تعطل تطبيق تلك القاعدة العامة، ولذلك يجب صرف النظر عنها والأخذ بما يخالفها من أجل استقرار المعاملات بين أفراد المجتمع، وحتى يكون لمبدأ حسن النية أهميته في مجال المعاملات[1]. وعليه فان فسخ العقد واعتباره كأن لم يكن بالنسبة إلى أطرافه، والغير معا وفقا للقاعدة العامة لا يؤثر في حالات معينة على حقوق الغير.

ثانيا : الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة بالنسبة إلى حقوق الغير

إذا كانت القاعدة العامة التي يرتبها فسخ العقد هي زوال العقد بأثر رجعي سواء في مواجهة المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير، فان لهذه القاعدة استثناءات معينة لا يجوز العمل بها. أو بعبارة أخرى يجب عدم الأخذ بهذه القاعدة العامة على إطلاقها في مواجهة الغير لأنه قد يكون من بين الغير من هو جدير بالحماية والرعاية من أثر فسخ العقد الخطير وخاصة عندما يكون من تعامل مع المتعاقد الذي فسخ العقد ضده حسن النية، ولا يعلم ما يتهدد العقد من أسباب الزوال[2].

فلما كان القانون هو الذي ينظم علاقات الأفراد و معاملاتهم في المجتمع ، فانه لا يترك مثل هذا الغير حسن النية بدون حماية من خطورة الفسخ. بل أنه يجنبه خطر الفسخ و يضحي في سبيل ذلك بمصلحة من تقرر الفسخ لصالحه، على حساب منطق نظرية الفسخ في حد ذاتها.

قد يبدو لأول وهلة أن هذا الحكم فيه إجحاف بالمتعاقد الدائن، و إهدار لقواعد النظرية في حد ذاتها. إلا أن معرفة الهدف الأسمى الذي يهدف إليه القانون يزيل كل

1- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...**، مرجع سابق، ص 289.

2 - د. عبد الحي حجازي ،" **مدى خيار الدائن ...**"، مرجع سابق، ص 50 .

تخوف، ذلك أن القانون إنما وضع هذه الاستثناءات من أجل تحقيق هدف أسمى، ومصلحة أعم من مصلحة المتعاقد الدائن، إذ أنه بحمايته للغير من أثر الفسخ يحقق الصالح العام ويصون الثقة المشروعة التي تؤدي إلى استقرار المعاملات[1].

من هنا يكون الخروج عن القاعدة العامة، رغم التعارض الذي يحصل في بعض الأحيان مع مصلحة الدائن، الذي تقرر الفسخ لصالحه خروجا مبررا من الناحية القانونية ويحقق أهدافا تفوق الأهداف التي ترمي إليها القاعدة العامة، التي تحمي المتعاقد الدائن وحده دون الغير[2] . وبناء على هذه الاعتبارات، فان فسخ العقد بين المتعاقدين ليس دائما مؤثرا في حقوق الغير بل هناك حالات لا يتأثر الغير فيها بالفسخ، الذي يقع بين الدائن والمدين وهذه الحالات يمكن حصرها فيما يلي:

الحالة الأولى: الغير الذي يكسب حقا عينيا على منقول بحسن نية

إن الشخص الذي يتلقى من شخص آخر منقولا معينا بمقتضى عقد صحيح، يكون بعيدا عن أثر الفسخ الذي يقع بين من تلقى منه هذا الحق على المنقول و المتعاقد معه. ويترتب على ذلك، أنه إذا كان هذا المنقول واجب الرد بالنسبة إلى الشخص الذي تعامل مع الغير، لأن العقد الذي تم بينه و بين المتعاقد الآخر قد فسخ، فان هذا الفسخ لا يؤثر على حق الغير رغم أن العلاقة التعاقدية لم يعد لها وجود من الناحية القانونية بين الطرفين المتعاقدين، و التي لا يعتبر الغير طرفا فيها[3].

غير أنه لكي يقف القانون إلى جانب هذا الغير، ويحميه هذه الحماية القانونية التي يترتب عنها أنه ينجو من أثر فسخ العقد كاستثناء من الأصل العام، يجب أن يكون فعلا حسن النية، حتى يمكن تطبيق القاعدة القانونية التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية. فهي قاعدة أساسية في هذا المجال واجبة لحماية الغير، وهو ما تقضي به معظم التشريعات الحديثة، ونظمها القانون المدني الجزائري في المادة 835 التي تنص على ما

1- عبد الحي حجازي، " **مدى خيار الدائن..**"، مرجع سابق، ص51.

2 - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الموجز في النظرية...**، مرجع سابق، ص 706 .

1 - عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد**، مرجع سابق، ص 291 .

يلي " من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول، أو سند لحامله، فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته..."[1].

لذلك، فإن حسن النية بالنسبة إلى الغير إلى جانب السند الصحيح كاف لحمايته من أثر الفسخ بصرف النظر عن فسخ سند المتصرف. وحسن النية مفترض حتى يقوم الدليل العكسي، لأن الحيازة في حد ذاتها تعتبر قرينة على وجود السند الصحيح، وتوافر حسن النية إلى أن يثبت العكس، وهو ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة السالفة الذكر " والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك"[2].

فإذا كان القانون يحمي الغير من أثر الفسخ على النحو السابق، فان هذه القرينة بسيطة كما هو واضح من نص المادة السابقة الذكر. ومن ثم يجوز إثبات عكسها وبالتالي ينتفي حسن النية، فتزول تبعا لذلك حماية الغير من أثر الفسخ، مثال ذلك أن يكون الغير يعلم بما يتهدد العقد الذي يربط سلفه بمن تعاقد معه، فيكون في مثل هذه الحالة ليس فقط قد انتفى شرط حسن النية بالنسبة إليه، بل يكون سيء النية والقانون بطبيعة الحال لا يحمي مثل هؤلاء الأشخاص[3].

الحالة الثانية: الغير الذي تقرر له حق على عقار وشهره وفقا للقانون

إن الفكر القانوني الذي اعترف بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية واعتبر أن من يحوز منقولا بحسن نية يصبح مالكا له من وقت حيازته، وبالتالي تنبغي حمايته من خطورة آثار فسخ العقد، لم يصل إلى حماية الغير عندما يكون الحق متعلقا بعقار ما كما هو الشأن بالنسبة إلى المنقول بسهولة، وإنما بقي وقتا طويلا من الزمن يطبق القاعدة التي تقول أن من لا يملك لا يستطيع أن يملك. وهذا يعني أن فسخ الرابطة التعاقدية و بالتالي

1- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ**...، مرجع سابق، ص 291.

2 - المادة 835 من الأمر رقم 58/75.

3- د. العربي بلحاج ، **النظرية العامة**...، مرجع سابق، 316.

زوال العقد وآثاره يشمل المتعاقدين باعتبارهما طرفي العقد، ويشمل الغير أيضا باعتباره قد تعامل مع شخص لا يعتبر مالكا في نظر القانون[1].

غير أنه قد وصل الفكر القانوني إلى حماية الغير الذي تقرر لصالحه حق على عقار من أثر فسخ العقد بأثر رجعي. و لقد أخذ المشرع الجزائري بما وصل إليه الفكر القانوني في هذا الميدان، ونظمه في نصوص قانونية تضمنها قانون إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري الصادر بتاريخ 12 نوفمبر 1975، الذي نص في المادتين 15 و16 منه بأن الشهر الذي يعتبر وسيلة للاحتجاج بكل ما يتعلق بالحق العيني من إنشاء أو نقل أو تعديل أو انقضاء فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير[2].

بناء على ذلك، فان الغير الذي تقرر له حق عيني على عقار و بحسن نية، وشهر هذا الحق وفقا لقواعد الشهر، لا يؤثر فسخ عقد سلفه على حقوقه، لأن الغير في مثل هذه الحالة يعتبر حسن النية بمجرد قيامه بالشهر.

غير أن هذه القرينة المتمثلة في الشهر والتي بموجبها تجب حماية الغير من أثر الفسخ، لا تعني بأي حال من الأحوال أنها غير قابلة لإثبات العكس، وأن من قام بشهر حقه في جميع الحالات ليس سيء النية، بل هي قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس. ومن ثم يمكن إثبات سوء نية الغير الذي قام بشهر حقه، كما لو قام به وهو يعلم أن العقد الذي يربطه بمن قرر له هذا الحق يتهدده سبب من أسباب الزوال كالفسخ مثلا.

وعليه، فان الغير الذي يقوم بشهر حقه وهو يعلم أن العقد يتهدده الفسخ، أو قام بالشهر بعد تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها على هامش العقد لا ينجو من أثر الفسخ. ذلك لأن حسن النية يكون قد انتفى في جانبه، وبالتالي تنتفي الحكمة من حمايته المقررة قانونا له،

1 د- العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام** ، مرجع سابق، ص317

2-عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد**...، مرجع سابق، ص 293.

إذ كان عليه أن يكون حريصا على مصلحته، بأن يرجع إلى ما هو مسجل أو مؤشر به في الصحيفة أو البطاقة العقارية[1].

الحالة الثالثة: الغير الذي ترتب لصالحه رهن رسمي

يحدث في الحياة العملية أن يرتب المشتري على العقار الذي اشتراه رهنا تأمينيا لدائن مرتهن حسن النية، يعتقد بأن الملكية خالصة للراهن وغير مهددة بالزوال، فإذا بالملكية تزول من سلفه، لأن العقد الذي يربط المتصرف بالبائع قد فسخ، أو زال لأي سبب من أسباب الزوال[2].

ففي مثل هذه الحالة، لو أخذنا بالقاعدة العامة التي تقضي في مجال الفسخ بزوال العقد وما رتبه من التزامات بالنسبة إلى المتعاقدين والغير معا، فان الدائن المرتهن لن يكون له تأمين على هذا العقار[3].

لذلك نظمت التشريعات الحديثة حماية خاصة لهذا الدائن المرتهن، حتى يكون بمنجاة من أثر فسخ العقد الذي يحدث بين المتصرف والمتصرف إليه. و في هذا الصدد نصت المادة 885 من القانون المدني على أنه "يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام العقد".

بناء على هذا النص لا يكون لفسخ العقد أثر على الرهن الذي تقرر لصالح الغير، بل يبقى الرهن قائما و لو زال العقد بأي سبب من أسباب الزوال و منها الفسخ، مادام الدائن المرتهن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن وقيده قبل رفع دعوى الفسخ.

كما تجدر الإشارة إلى أن هذا الحكم الذي يحول دون تأثير الفسخ على الرهن الرسمي، وبالتالي يكون الدائن المرتهن طبقا له بعيدا عن خطر ما يرتبه زوال الحقوق

1- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...**، ص 292.

2- د- أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للالتزامات...** ، مرجع سابق، ص.215

3 - Pierre GUIHO, Georges PEYRARD, **Droit civil**..., Op.cit , p 269.

والالتزامات الناتجة عن العقد لا يسري حين يكون الرهن حيا زيا. ذلك أن المادة 950 من القانون المدني حين قضت بسريان بعض أحكام الرهن الرسمي على الرهن الحيازي العقاري، لم تذكر من بين هذه الأحكام حكم المادة 885 السابقة الذكر، مما يدل على أن حكم المادة 885 مدني خاص بالرهن الرسمي وحده دون الرهن الحيازي العقاري، وهذا يؤدي إلى القول بأن الحكم الوارد في شأن الرهن الرسمي بهذا الصدد حكم استثنائي[1].

يترتب على ذلك أن فسخ العقد وما يرتبه من آثار يؤثر في حقوق الغير التي تكون قد ترتبت على الرهن الحيازي العقاري، خلافا للرهن الرسمي مما يجعل العقار الذي كان محلا للرهن الحيازي العقاري يعود إلى صاحبه خاليا من تلك الحقوق بعد فسخ العقد[2].

الحالة الرابعة: الغير الذي كسب حقا بموجب عقد من عقود الإدارة الحسنة

إن الحقوق والالتزامات التي يرتبها المالك، لكونه يملك حق الإدارة أو النائب عنه كما هو الحال بالنسبة إلى الولي الذي يجيز له القانون إدارة ملكية ابنه القاصر، أو الاتفاق كما هو الشأن بالنسبة إلى الوكيل، الذي يجوز له بناء على عقد الوكالة إدارة ملكية الموكل أو جزء منها، أو القضاء كما لو عين القاضي حارسا قضائيا إذ يجوز له بموجب تعيينه إدارة الشيء المتنازع فيه، وفي جميع هذه الحالات لا يجوز المساس بالحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه الإدارة، في حالة فسخ العقد الذي كان سندا للملكية [3]

يترتب على ذلك أن الغير الذي يتلقى هذه الحقوق سواء من المالك للشيء، أو من النائب عنه، يكون محصنا ضد الأثر الذي يرتبه الفسخ. ومن ثم فإذا فسخ العقد بين البائع والمشتري مثلا، فان إعادة الملكية إلى المتعاقد الذي فسخ لصالحه تعود محملة بهذه الحقوق والالتزامات، ولا يستطيع المتعاقد الذي فسخ العقد لصالحه أن يحتج في مواجهة الغير بأن العقد قد فسخ.

إن السبب الوحيد الذي يحول دون ترتيب أثر الفسخ على أعمال الإدارة التي تكون كأصل عام للمالك، واستثناء للنائب عنه، هو أن هذه الأعمال تعتبر من أعمال الإدارة

1- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...**، ص 295.

2 -د العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام....** ، مرجع سابق، ص.317

3 - عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...**، مرجع سابق، ص.296

الحسنة، التي يوجب القانون حمايتها من جميع أسباب زوال السند الذي تستند إليه الملكية.[1] والحكمة من وراء ذلك، أن استقرار المعاملات هو من أهم الأهداف التي يرمي إلى تحقيقها القانون الحديث بصفة عامة، و لكي يتحقق الاستقرار المنشود يجب عدم تأثير فسخ العقد الذي تستند إليه الملكية على أعمال الإدارة الحسنة، لأن الأخذ بغير ذلك سيؤدي حتما إلى زعزعة الثقة بين المتعاملين، وبالتالي يؤدي إلى البحث في كل تعامل بين الأفراد عن صحة السند القانوني الذي تستند إليه الملكية[2].

انطلاقا من هذه المعطيات القانونية والعملية في نفس الوقت، فان الغير الذي يكون قد تلقى حقوقا بناء على الإدارة الحسنة لا يتأثر بفسخ العقد، كما لو كان السند القانوني عقد بيع قام من له حق الإدارة بتأجير الشيء ثم وقع الفسخ بين البائع والمشتري، فان الغير في هذه الحالة يكون محميا من أثر هذا الفسخ، لأن تصرف من له حق الإدارة يدخل في مفهوم الإدارة الحسنة[3].

تجدر الإشارة إلى أن المقصود من العقود التي لا يلحقها أثر الفسخ، وبالتالي لا تمس فيها حقوق الغير، هي تلك التي تدخل فعلا في مضمون الإدارة الحسنة. ولذلك ينبغي أن ينتفي فيها الغش أو التواطؤ بين أطرافها، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الأخذ بهذا الاستثناء والاحتجاج به على من فسخ العقد لصالحه، إذا كان القصد من عقود الإدارة هو الإضرار بمن فسخ العقد لفائدته، كما لو أجر الشيء الذي كان محلا للعقد المفسوخ لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، وكان ثمن الإيجار بخسا لا يتناسب مع العين المؤجرة[4].

ففي جميع هذه الحالات التي يتبين منها أن هناك سوء نية بين من قام بعمل الإدارة ومن تلقى منه حقا بموجبه، لا نكون أمام مفهوم الإدارة الحسنة. وبالتالي فان الفسخ في مثل هذه الحالة يؤثر على تلك الحقوق ويسترد المتعاقد الذي فسخ العقد لصالحه الملكية خالية منها، ولا يستطيع الغير الوقوف في مواجهته ولو كانت حقوقه مترتبة على عمل

---

1 - د عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون...**، مرجع سابق، ص.53

2- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...**، مرجع سابق، ص 296.

3- د. العربي بلحاج ، **النظرية العامة للالتزامات...**، مرجع سابق، ص 318.

4 - نفس المرجع ، مرجع سابق، ص .317

من أعمال الإدارة، وهو ما يستفاد من مضمون المادتين 468 و896 من القانون المدني[1]. وبناء على ذلك كله فان أثر الفسخ لا يجوز تطبيقه كاستثناء من القاعدة العامة، إذا تعلق الأمر بحقوق الغير الناشئة عن عقود الإدارة الحسنة، وأساس هذا الاستثناء هو حسن النية و استقرار المعاملات في المجتمع.

الحالة الخامسة: الغير الذي تملك بالتقادم

قد يكسب الغير حقا من الحقوق بموجب التقادم المكسب الذي تقضي به المادتان 827و 828 من القانون المدني. ويترتب على التقادم المكسب أن فسخ العقد الذي قد يقع بين متصرف ومتصرف إليه، لا يمس كاستثناء من القاعدة العامة حق الغير الذي اكتسب طبقا لقاعدة التقادم المكسب.

فلو فرضنا أن العقد عقد بيع بين البائع والمشتري، وكان الغير قد صار مالكا للشيء المبيع عن طريق التقادم المكسب، فان فسخ عقد البيع الذي يحدث بين البائع والمشتري باعتبارهما طرفي العقد لا يؤثر على الغير الذي اكتسب حقه طبقا لقاعدة التقادم المكسب، لأنه محمي من الناحية القانونية بهذه القاعدة التي تحول دون سريان أثر الفسخ[2].

فإذا كانت قاعدة التقادم المكسب تحول دون سريان أثر الفسخ، فإن هذا لا يعني أن الدائن الذي حكم بالفسخ لصالحه قد ضاع حقه، لأن القانون في مثل هذه الحالة قد أجاز للقاضي أن يحكم له بالتعويض وفقا للمادة 122من القانون المدني التي تنص على أنه في حالة استحالة رد المتعاقدين إلى الوضع الذي كانا عليه، يجوز للمحكمة أن تحكم بالتعويض، ذلك أن المقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المادية والقانونية معا.

هذه هي الحالات التي تبقى بعيدة عن الأثر الذي يرتبه الفسخ، والعلة فيها هي أن استقرار المعاملات ومبدأ حسن النية لهما أهمية كبرى لا يمكن التضحية بها في سبيل مصلحة الدائن الذي فسخ العقد لصالحه.

غير أن هذه الاستثناءات مهما تعددت ومهما تنوعت فإنها لا تطغى على الأصل العام الذي وجد من أجله نظام الفسخ، وهو زوال العقد بعد فسخه بأثر رجعي و تبعا لذلك زوال

1- عبد الكريم بلعيور، **نظرية فسخ العقد...**، مرجع سابق، ص 297.

2 - نفس المرجع، ص 298 .

الحقوق و الالتزامات التي نشأت عنه، سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير وذلك حتى يبقى لهذا النظام قوته القانونية، يلجأ إليه الدائن لحماية حقوقه من جهة والتحلل من التزاماته من جهة أخرى في مواجهة المدين، الذي لم يقم بتنفيذ التزاماته التعاقدية الناشئة من العقد المفسوخ.

هكذا نجد أن للفسخ أثرا رجعيا كقاعدة عامة يشمل المتعاقدين و الغير معا، ولكن يستثنى من هذه القاعدة العامة بعض الحالات، التي تبقى فيها حقوق الغير قائمة رغم انحلال الرابطة التعاقدية بين المتعاقدين.

المبحث الثاني

دور القاضي في الفسخ الاتفاقي

يتمتع القاضي عند إخلال المدين بالتزامه بسلطة تقديرية واسعة في إجابة طلب الفسخ أو رفضه. و الأصل أن الفسخ لا يقع إلا بحكم المحكمة إذا توافرت شروطه، و هذا ما يطلق عليه الفسخ القضائي. لذلك يفضل المتعاقدان تفاديا لتحكم القاضي الاتفاق مقدما على أن ينفسخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه، أو بالتزام معين بالذات و هذا هو الفسخ الاتفاقي أو الشرط الصريح الفاسخ.

يترتب على وجود الشرط الصريح الفاسخ في العقد، سلب القاضي كل سلطة تقديرية بصدد الفسخ، لأن الفسخ يقع حتما بمجرد إخلال المدين بالتزامه. و تقف مهمة القاضي في هذه الحالة عند حدود التحقق من عدم الوفاء بالالتزام، ليقرر وقوع الفسخ فعلا، إذ يمارس دورا هاما في إعمال الشرط الصريح الفاسخ، حيث يتحقق من قيام الشرط الصريح الفاسخ (المطلب الأول)، ثم التحقق من واقعة عدم التنفيذ مناط إعمال الشرط (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور القاضي في التحقق من قيام الشرط الصريح الفاسخ

يمارس القاضي دورا هاما في مراقبة إعمال الشرط الصريح الفاسخ، حيث ينبغي عليه التحقق من وجوده و التعرف على طبيعته(الفرع الأول) .و يرد الشرط الصريح في عدة صور (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تحقق القاضي من وجود الشرط الصريح الفاسخ

يتحقق القاضي من وجود الشرط الفاسخ في العقد من خلال الوقوف عند نوع هذا الشرط (أولا) و التعرف على طبيعته (ثانيا).

أولا: أنواع الشرط الفاسخ

1- الفرق بين الشرط الصريح الفاسخ و الشرط الفاسخ العادي

يعتبر الشرط أمرا مستقبليا غير محقق الوقوع، يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله. فإذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوع الشرط كان الشرط واقفا، أما إذا وجد الالتزام فعلا وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط، كان الشرط فاسخا[1].

يتضح من ذلك، أن العقد يكون معلقا على شرط فاسخ إذا ترتب على حدوث أمر مستقبل غير محقق الوقوع زوال الالتزامات الناشئة عنه. فالشرط الفاسخ يؤدي تحققه إلى زوال الالتزامات المعلقة عليه، ويترتب على ذلك فسخ العقد بأثر رجعي، أي أن من شأن تحقق الشرط الفاسخ زوال الالتزام المعلق عليه بأثر رجعي، فيعتبر هذا الالتزام كأن لم يكن منذ البداية دون حاجة إلى حكم أو اعذار[2]. أما الشرط الصريح الفاسخ فهو اتفاق الأطراف مسبقا على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو دون أن يكون للقاضي سلطة تقديرية في ذلك ن عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، ولا يقع الفسخ إلا بعد اعذار المدين ما لم يتفق الأطراف صراحة على الإعفاء منه[3].

يشترك الشرط الصريح الفاسخ مع الشرط الفاسخ العادي في أن كل منهما يتحقق على اثر حادثة مستقبلة غير محققة الوقوع، يترتب على تحققها فسخ العقد من تلقاء نفسه.

1-د. محمد حسين منصور، **الشرط الصريح...**، مرجع سابق، ص 15.

2- نفس المرجع، مرجع سابق، ص 16 .

3- د نوفيق فرج، **النظرية العامة...**، مرجع سابق، ص 199.

وإذا استوجب الأمر صدور حكم قضائي بالفسخ فانه يكون مقررا لا منشئا. فالفسخ يقع في الحالتين بقوة القانون ولا يملك القاضي سلطة رفضه، و يقتصر دوره على التأكد من قيام الشرط وتوافر شروط إعماله[1].

أما الفارق بينهما فيتمثل في أن الحادثة مناط إعمال الشرط الصريح الفاسخ ذات طابع شخصي، تتمثل في تخلف المدين عن تنفيذ التزامه. أما الحادثة مناط إعمال الشرط الفاسخ العادي فهي ذات طابع موضوعي، لا تتعلق بعم التنفيذ فيفسخ العقد بمجرد تحقق الشرط ولو لم يخل المتعاقد بالتزامه[2].

إضافة إلى ذلك أن وقوع الفسخ إعمالا للشرط الصريح الفاسخ يكون رهنا بإرادة الدائن باعتباره جزاءا على عدم التنفيذ، أي أن الفسخ يتم من واقعتين عدم التنفيذ والتعبير عن الإرادة كإعلان منشئ للفسخ و ليس مقررا له، فالدائن يختار التمسك بالفسخ وطلب التنفيذ العيني، إذ هو الذي يقرر مدى إعمال الشرط[3]. ولا يكون الأمر كذلك في حالة الشرط الفاسخ العادي، إذ يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الواقعة موضوع الشرط، دون أن يكون لإرادة الأطراف دخل في ذلك ودون حاجة البحث في التنفيذ من عدمه[4].

2- الفرق بين الشرط الصريح الفاسخ و الشرط الفاسخ الضمني

يتمثل الشرط الصريح الفاسخ في اتفاق الأفراد مسبقا على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه. وبالتالي لا يكون للقاضي سلطة تقديرية في منح المدين مهلة للوفاء بالتزامه. ويجب أن يكون الاتفاق على الفسخ قاطع الدلالة على ذلك، حيث ينبغي أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه عند الإخلال بالالتزام. أما إذا اكتفى الأفراد بالنص في العقد على الفسخ عند الإخلال بالالتزام

1- د نوفيق فرج، **النظرية العامة...**، مرجع سابق، ص200.

2- د. عبد الحي حجازي،" مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص 149.

3- نفس المرجع، ص 149.

4- د. محمد حسين منصور، **الشرط الصريح**...، مرجع سابق، ص ص 17-18.

فلا يعد ذلك إلا ترديدا للقواعد العامة بالفسخ لعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين وبالتالي تطبيق أحكام الفسخ القضائي.

أما في حالة الشرط الفاسخ الضمني فتتجه إرادة المتعاقدين إلى فسخ العقد عند إخلال المدين بالتزامه، فالفسخ يكون الجزاء المباشر للإخلال بالالتزام .إلا أن هذا الجزاء لا يمكن إعماله إلا بعد اعذار المدين من جهة وصدور حكم قضائي من جهة أخرى، إذ نكون بصدد الفسخ القضائي، حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في إجابة طلب الدائن في الحكم بالفسخ من عدمه[1].

إن الشرط الفاسخ الضمني مفترض دائما في العقود التبادلية، وهو جزاء مقرر لمصلحة الدائن لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي. ومن ثم يحق لكل متعاقد في العقد التبادلي طلب فسخ العقد عند إخلال الطرف الآخر بالتزاماته، و يعتبر العقد متضمنا لهذا الحق ولو خلا من اشتراطه، ولا يجوز حرمان المتعاقدين منه إلا باتفاق صريح[2].

بذلك إذا خلا العقد من النص على الفسخ، أو اكتفى الأطراف بالنص فيه على الفسخ عند الإخلال بالالتزام، أو جاءت صيغة الاتفاق عامة غير صريحة ودالة على وجوب الفسخ حتما بمجرد الإخلال بالالتزام، فان للقاضي أن يقضي بالفسخ إعمالا للشرط الفاسخ الضمني[3].

ثانيا: تحقق القاضي من طبيعة الشرط الصريح الفاسخ

يشترط لجواز الفسخ الاتفاقي وبالتالي حل الرابطة التعاقدية بإرادة الدائن المنفردة أن يكون العقد المراد فسخه قد تضمن اتفاقا يقضي بالفسخ. وبناء على ذلك إذا تمسك المتعاقد

1- د. محمد حسين منصور، **الشرط الصريح...**، مرجع سابق، ص52.

2- د عبد الحكم فوده، **إنهاء القوة...**، مرجع سابق، ص157.

3- نفس المرجع، ص158.

الدائن بفسخ العقد لمجرد عدم التنفيذ ونازعه في ذلك المدين وعرض الأمر على القاضي، فإن على هذا الأخير أن يتأكد قبل كل شيء من صحة وجود الاتفاق أو عدمه[1].

ويلعب القاضي دورا هاما في تفسير اتفاقات الأطراف للتعرف على قيام هذا الشرط وطبيعته. حيث يقوم القاضي بالتحقق من الاتفاق على وجود الشرط الصريح الفاسخ في العقد، وهذا الاتفاق يمكن أن يندرج بين بنود العقد أو في ورقة إضافية تعد ملحق له[2].حيث

يمكن للمتعاقدين أن يضمنا العقد شرطا فاسخا يحتفظ فيه كل متعاقد بحق فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء عند الإخلال بكل أو بعض الالتزامات المترتبة عن العقد، وبذلك لا يستطيع القاضي أن يحكم بالفسخ، وإنما يقتصر دوره على التحري عن وجود الشرط الفاسخ ومدى مشروعيته[3].

يتحقق القاضي من وجود اتفاق على الفسخ بإرادة واحدة، فيجب عليه أن يتحرى حقيقة المقصود من هذا الاتفاق هل يقصد به استبعاد سلطة القاضي في إنشاء الفسخ، أم أن الأمر يعتبر ترديدا للقاعدة العامة الواردة في المادة 119 مدني في شأن عدم تنفيذ عقد ملزم للجانبين. فإن تبين له من النية المشتركة للمتعاقدين أن الاتفاق على الفسخ لا يعدو أن يكون ترديدا لمبدأ الفسخ القضائي، يكون له ألا يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بل يعتبره قائما لا يفسخ إلا بناء على حكم يصدر منه يكون منشئا للفسخ، وهو لا يحكم بالفسخ إلا بعد أن يتأكد من أن عدم التنفيذ كان من الأهمية بحيث يبرر الحكم بالفسخ[4].

كما يجب على القاضي أن يتأكد مما إذا كانت الواقعة التي اتفق الطرفان بسببها على إمكان الفسخ بإرادة واحدة هي عدم التنفيذ. ذلك لأنها إن كانت واقعة أخرى غير عدم التنفيذ كنا بصدد شرط فاسخ عادي، يقع الفسخ فيه بمجرد تحقق الواقعة وبدون خيار

1- د عبد الحي حجازي" مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص48.

2- نفس المرجع، ص49.

3 - Frédéric, Jérôme PANSIER, Cinquante commentaires…. op. cit, p 106.

4- عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ...، مرجع سابق، ص 300.

الدائن ودون إمكان مطالبة الدائن بتعويضات، لا بصدد اتفاق على الفسخ يجعل مصير العقد في يد الدائن ودون أن يفقد الدائن حقه في المطالبة بتعويضات[1].

وبذلك فإن الشرط الفاسخ لا يسلب القاضي سلطته التقديرية، ذلك أن الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا إنما يتوقف على نية المتعاقدين. فقد يكونان أرادا به تحتيم الفسخ إذا أخل المدين بالتزامه وهنا يتحتم على القاضي أن يحكم بالفسخ، ورغم ذلك هناك مجال لنشاط القاضي الذهني لاستخلاص هذه النية .[2]

فعلى القاضي أن يتأكد من أن اتفاق الأطراف يرمي بوضوح إلى استبعاد السلطة التقديرية للقاضي بصدد فسخ العقد، الذي يقع تلقائيا بمجرد الإخلال بالالتزام المتفق عليه إعمال الشرط الصريح الفاسخ كجزاء له[3].

ويترتب على ذلك أن سلطة القاضي تقتصر على البحث عن مدى صحة الاتفاق الذي عمد الدائن بمقتضاه إلى فسخ العقد. فإذا وجد القاضي من خلال بحثه أن هناك فعلا اتفاقا بين المتعاقدين وكان المقصود منه استبعاد سلطة القاضي التقديرية، فلا يجوز له أن يعطل الفسخ أما إذا لم يجد في العقد أو وجده لكنه لا يستبعد سلطة القاضي صراحة فانه يستطيع أن يحكم ببقاء العقد قائما ولا يعتد بالفسخ الذي أوقعه المتعاقد الدائن، ذلك لأن القاضي في هذه الحالة يستمد سلطته من نص المادة 119 من القانون المدني التي تقضي بأن يكون الفسخ أمام القضاء[4].

إن الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه لا يترتب عليه الإعفاء من الاعذار، فالقانون لم يعتبر المدين مقصرا لمجرد حلول أجل الوفاء بالالتزام بل اشترط الاعذار لإثبات تقصير

1 -La résolution unilatérale du contrat..., op.cit.

2- إبراهيم بن حرير، *السلطة التقديرية...*، مرجع سابق، ص 136 .

3 - La distinction entre résolution et résiliation en matière contractuelle ,p1, voir : http://www.unicaen.fr .

4- د/ عبد الحي حجازي،" مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص ص 44 - 45.

المدين. ولما كان إعمال الاتفاق على الفسخ مشروطا بعدم التنفيذ، كان لابد من إخطار الدائن للمدين لإثبات امتناعه عن التنفيذ[1].

ومقتضى ذلك أن يدعو الدائن المدين رسميا إلى الوفاء بالتزامه في خلال مدة يحددها له بحيث إذا انتهت هذه المدة يفسخ العقد من تلقاء نفسه. وبذلك يكون من آثار الاعذار أن يكون أمام المدين مهلة أخيرة يستطيع خلالها أن يقوم بالتنفيذ، وعلى ذلك إذا لم يعذر الدائن المدين عند عدم وجود ما يعفي من الاعذار، فيكون للقاضي رغم تمسك الدائن بالفسخ أن يعتبر العقد لا يزال قائما[2].

أما إذا حصل الاعذار فإنه يتعين على القاضي أن يتحقق من الوقت التي اعتبر فيه الدائن العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، فان كان هذا الوقت سابقا على انتهاء المدة المحددة في الاعذار لحصول التنفيذ، لا يجوز اعتبار العقد مفسوخا و يكون للمدين أن ينفذ التزامه مادام العقد قائما[3].

أما إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على أن الفسخ يقع من تلقاء نفسه بدون حكم أو اعذار ففي هذه الحالة لا يكون هناك حاجة إلى توافر شرط إجرائي هو الاعذار. وتقتصر سلطة القاضي على تحري ما إذا كان هناك عدم تنفيذ بالمعنى الذي اتفق المتعاقدان سلفا، على أن تحققه يعطي للدائن الحق في فسخ العقد بإرادته المنفردة[4].

---

1 - La distinction entre résolution et résiliation en matière contractuelle, op.cit.

2- د عبد حي حجازي، مدى خيار الدائن...، مرجع سابق، ص 46

3- د. عبد الحي حجازي، " مدى خيار الدائن..." ص 71 .

4-و قد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد " الشرط الفاسخ الصريح يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، ولا يبقى له في اعتبار الفسخ حاصلا فعلا إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليها". نفس المرجع، ص 72.

الفرع الثاني

صور الشرط الصريح الفاسخ

تتعدد صور الشرط الصريح الفاسخ فقد يتفق الأطراف على اعتبار العقد مفسوخا (أولا)، أو مفسوخا من تلقاء نفسه(ثانيا)، أو مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم (ثالثا)، وقد يكون الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو اعذار (رابعا).

أولا: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا

كثيرا ما يتفق المتعاقدان في العقد على أنه إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزاماته أو بتنفيذ التزام معين بالذات يكون العقد مفسوخا. و يتوقف حكم هذا الشرط على نية المتعاقديـــن فقد يكونان أرادا به وقوع الفسخ من تلقاء نفسه بمجرد إخلال المتعاقد بالتزامه، ويكون الفسخ قد وقع بتراضي المتعاقدين مقدما على ذلك[1].

غير أنه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود الشرط بهذه الصيغة، والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا تقرير القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ. وعلى ذلك لا يغني هذا الشرط عن اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ، بل هو لا يسلب القاضي سلطته التقديرية، فهو قد لا يحكم بالفسخ ويعطي للمدين مهلة لتنفيذ التزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك[2].

ثانيا: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه

قد ترد صياغة المتعاقدين على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، و هذا الأمر يفسر على أن الطرفين اتجهت نيتهما إلى سلب السلطة التقديرية للقاضي المقررة له في الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به ،فليس أمام القاضي إزاء هذا الشرط إلا الحكم بالفسخ[3].

1- د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الموجز في النظرية العامة للالتزامات**... مرجع سابق ، ص 208 .

2 - نفس المرجع، ص 209

3- د. توفيق فرج، **النظرية العامة للالتزام**- نظرية العقد- القسم الثاني، الدار الجامعية ، بيروت، 1993، ص 257 .

تظهر فائدة هذا الشرط في تقييد القاضي وإلزامه بالفسخ عند الإخلال بالالتزام، ويترتب على ذلك حرمان القاضي من سلطته التقديرية في الحكم بالفسخ ويتحتم عليه النطق به متى طلبه الدائن بعد التحقق من وقوع المخالفة. وبذلك يقتصر دور القاضي على التحقق من واقعة الإخلال بالالتزام، وعما إذا كان هذا الإخلال سببا لإعمال الشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه في العقد[1].

إن ورود الشرط الفاسخ بهذه الصيغة لا يغني عن اللجوء إلى القضاء، حيث ينبغي على الدائن رفع دعوى للمطالبة بالفسخ، و ليس للقاضي سلطة تقديرية في صدد الفسخ بل له فقط أن يتحقق من توافر شروطه. فإذا تحقق من ذلك وقع الفسخ منذ توافر تلك الشروط، ويكون حكم القاضي في مثل هذه الحالة مقررا[2].

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد أنه متى كانت المحكمة قد انتهت إلى وجود شرط فاسخ صريح، فإنها تكون قد سلبت نفسها كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ولا يبقى للحكم باعتبار الفسخ حاصلا إلا أن تتحقق من حصول المخالفة الموجبة له. وإذا تحققت المحكمة في ضوء الوقائع السابقة على رفع الدعوى من أن المدين لم ينفذ التزامه وحكمت بالفسخ دون أن تعطي المشتري مهلة أثناء نظر الدعوى للوفاء بالتزامه فإنها تكون قد التزمت صحيح القانون[3].

كما أن هذا الاتفاق لا يستبعد ضرورة اعذار المدين، وهو وضع المدين قانونا موضع المتأخر في تنفيذ التزامه. فالاعذار ضمانة قررها المشرع لصالح المدين، وذلك بمنحه فرصة أخيرة للوفاء بالتزامه، حيث يمكنه القيام بذلك خلال المهلة التي يتضمنها الاعذار ولا يقع الفسخ تلقائيا بمجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه في الأجل المحدد لذلك طالما لم يقم الدائن باعذار المدين[4].

---

1 - Rafael Encinas DE MUNAGORRI, Antoine LYON – CAEN, **L'acte unilatéral**..., Op.cit, p 134.

2 - François Collart DUTHLLEUL, Philippe DELEBECQUE, **Contrats civils**..., Op.cit, p 204.

3 – د. محمد حسين منصور، **الشرط الصريح...** ، مرجع سابق، ص 57

4- نفس المرجع، ص 58

ثالثا: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم

قد يورد المتعاقدان شرطا صريحا في العقد يعفي الدائن من اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى للمطالبة بالفسخ، ولا يعفي هذا الشرط الدائن من التزامه باعذار المدين. فلا يكفي مجرد حلول الأجل وعدم التنفيذ، بل يتطلب الأمر لفت نظر المدين إلى التزامه وضرورة تنفيذه وإلا طبق جزاء الفسخ[1].

فإذا نازع المدين في واقعة تنفيذ العقد، أو في قيام الشرط الفاسخ، أو توافر شروط إعماله، يتعين اللجوء إلى القضاء للتحقق من ذلك. ويقتصر دور القاضي في هذه الحالة على التحقق من واقعة الوفاء بالالتزام، ومدى مشروعية امتناع المدين عن تنفيذ التزامه أو توافر شروط إعمال الشرط الفاسخ، فإذا تبين له ذلك قضى بوقوع الفسخ دون أن تكون له سلطة تقديرية في ذلك[2].

رابعا: الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو اعذار

يعتبر ورود الشرط بهذه الصيغة أعلى الدرجات التي يمكن أن يصل إليها الاتفاق، ويكون العقد بمقتضاه مفسوخا بقوة القانون في التاريخ المحدد لتنفيذ الالتزام دون حاجة إلى اعذار من الدائن أو دعوى قضائية. فإذا حدثت منازعة حول تطبيق الشرط، فان الدعوى التي تقام بهذا الصدد تكون لمجرد الكشف عن الفسخ، وإذا لزم تدخل القضاء بسبب منازعة المدين في واقعة الإخلال بالالتزام، أو المنازعة في تحقق الشرط الصريح الفاسخ، اقتصر دور القاضي على التحقق من توافر شروط الفسخ، ويتعين عليه القضاء به، ويكون الحكم الصادر مقررا للفسخ لا منشئا له[3].

1- د. محمد حسام محمود لطفي، **النظرية العامة للالتزام – المصادر، الأحكام، الإثبات**، دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، القاهرة، 2007، ص 209 .

2– د عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوجيز في...** ، مرجع سابق، ص 210

3 - نفس المرجع ، ص21 .

كما لا يتم إعمال الشرط الصريح الفاسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية إلا إذا كانت صيغته صريحة، ودالة بذاتها على وجوب الفسخ حتما عند تحققه دون حاجة إلى حكم أو اعذار[1].

ومهما كانت الصيغة التي اتفق عليها المتعاقدان، إلا أن الفسخ حق قرره المشرع حماية للدائن وهو يتم استنادا إلى طلبه في حالة تخلف المدين عن تنفيذ التزاماته التي يوجبها عليه العقد. وبالتالي لا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك بالفسخ عند أخلاله بالتزام لكي يتفادى تنفيذ الالتزام عينيا، فلو سمح له بذلك لكان المدين إذن في موقف أقوى من موقف الدائن، فيستطيع أن ينفذ التزامه أو يمتنع عن تنفيذه و يصبح الدائن رهنا لإرادته[2].

المطلب الثاني

دور القاضي في التحقق من واقعة الإخلال بالالتزام مناط إعمال الشرط

للقاضي دورا هاما في التحقق من واقعة عدم التنفيذ التي أدت بالدائن إلى التمسك بفسخ العقد (الفرع الأول) ليقرر إعمال الشرط الصريح الفاسخ أو عدم إعماله (الفرع الثاني).

الفرع الأول

واقعة عدم تنفيذ الالتزام

يقوم القاضي بالتحقق من السبب الذي أدى بالمتعاقد الدائن إلى القيام بفسخ العقد، ومعنى ذلك أن عليه أن يتأكد من وجود تقصير من جانب المتعاقد الآخر، يتمثل في عدم قيامه بالتنفيذ الذي يعتبر السبب المباشر والجوهري في نشوء حق المتعاقد الدائن في التحلل من الرابطة العقدية.[3]

1– د محمد حسام محمود لطفي، **النظرية العامة...** ، مرجع سابق، ص211

2 - د. أمجد محمد منصور، **النظرية العامة**....مرجع سابق، ص212 .

3 - La résolution du contrat par dénonciation unilatérale, op.cit.

فلما كان عدم التنفيذ على هذه الدرجة من الأهمية بالنسبة إلى فسخ العقد، فإن على القاضي الذي يطرح أمامه النزاع حتى لو كان العقد قد تضمن الاتفاق على الفسخ، أن يتحقق من أن المدين لم يقم فعلا بتنفيذ ما عليه من التزامات تعاقدية نحو المتعاقد الدائن الذي بادر إلى فسخ العقد مدعيا واقعة عدم التنفيذ.

يعتبر المدين مخلا بالتزامه إذا لم يقم بالتنفيذ المطلوب في الموعد المحدد لذلك، أو يعلن صراحة قبل حلول الأجل عن نيته في عدم تنفيذ الالتزام. وكذلك إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، أو يتبين من الظروف أن المدين لن يستطيع الوفاء بالتزامه في الأجل المحدد، و يستطيع الدائن في هذه الحالات أن يبادر إلى طلب الفسخ دون حاجة إلى انتظار حلول الأجل[1].

يتم تحقق القاضي من عدم الوفاء بالالتزامات من خلال التعرف على طبيعة الالتزام وتحديد المدين به ونوع عدم تنفيذه، بحيث ما إذا كان الفسخ هو الجزاء المقرر للإخلال بكافة الالتزامات أم بالتزام معين بذاته. ويتمثل عدم الوفاء بالالتزام الناشئ عن العقد إما في عدم التنفيذ الكلي بالامتناع عن القيام بما يوجبه العقد، أو بعدم التنفيذ الجزئي سواء بتنفيذ جزء من الالتزام أو تنفيذه بطريقة غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه، أو بالتأخير في التنفيذ. ويتوقف تحقق القاضي من عدم تنفيذ المدين لالتزامه على نوع هذا الالتزام هل هو التزام بإعطاء أم التزام بعمل، أو امتناع عن عمل[2].

يتمتع القاضي في حالة الفسخ القضائي بسلطة تقديرية في إعمال الفسخ، حيث يقدر ما إذا كان الجزء غير المنفذ يبرر الحكم بالفسخ أم يكفي إعطاء مهلة للمدين لتنفيذه. فإذا كان الجزء الباقي دون تنفيذ على درجة كبيرة من الأهمية حيث يمثل الجزء الأساسي من

1- أيمن أحمد شتيوي، الالتزامات، ص 2، 2010/10/12 أنظر الموقع: http://www.jps-dir.com -

2- علي بن سليمان، دروس في مادة الالتزامات...، مرجع سابق، ص 3.

الالتزام، حكم القاضي بالفسخ الكلي أو الجزئي إذا كان التزام المدين يقبل التجزئة من عدمه، و مثال ذلك العقود التي تنطوي على أداءات مستقلة أو متتابعة كعقد التوريد[1].

غير أنه في حالة اتفاق الأطراف مسبقا على الشرط الصريح الفاسخ، فلا يتمتع القاضي بنفس السلطة التقديرية، ولقد قضت محكمة النقض المصرية في ذلك بقولها "الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار، يؤدي إلى سلب القاضي سلطته التقديرية في الحكم بالفسخ، وحسبه أن يتحقق من توافر شروطه و تقف مهمة القاضي في هذه الحالة عند حدود التحقق من عدم الوفاء بالالتزامات، ليقرر اعتبار الفسخ حاصلا فعلا).

لذلك عندما نكون بصدد اتفاق صريح على الفسخ في حالة عدم تنفيذ التزام معين، أو جزء منه أيا كانت أهمية الالتزام أو الجزء غير المنفذ، فلا يجوز للقاضي أن يقدر أهمية عدم التنفيذ بالنسبة إلى العقد، ذلك أن أطراف العقد يجوز لهم الاتفاق صراحة على حصول الفسخ بسبب عدم التنفيذ ولو كان قليل الأهمية[2].

إن اتفاق المتعاقدين على فسخ العقد عند عدم تنفيذ التزام معين بطريقة محددة، ينطوي على تعبير ضمني عن أهمية هذا التنفيذ بالنسبة إلى الدائن في نطاق العقد، وتؤدي هذه الأهمية المقدرة سلفا إلى سلب القاضي كل سلطة تقديرية في الحكم بالفسخ، ويقتصر دوره على التأكد من وقوع عدم التنفيذ. فان تحقق من ذلك أعلن في حكم مقرر وقوع الفسخ. لذلك يعد اتفاق الأطراف الصريح على وقوع الفسخ عند الإخلال الكامل أو الجزئي بكافة الالتزامات التي يرتبها العقد و لو كانت يسيرة، تعبيرا واضحا عن إرادة المتعاقدين في سلب القاضي كل سلطة تقديرية في هذا الصدد، ولا يملك القاضي سوى إعمال هذه الإرادة[3].

1- د. محمد حسين منصور، **الشرط الصريح...**مرجع سابق، ص 80 .

2- نفس المرجع، ص 96

3-. د محمد حسنين، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص75

و يختلف الأمر إذا ورد الاتفاق على الفسخ في صيغة عامة لمواجهة الإخلال بالالتزامات التعاقدية دون تحديد. وبذلك فان الصياغة العامة للشرط الصريح الفاسخ و إن كانت تسلب القاضي سلطته التقديرية في تقرير الفسخ، إلا أنه يتمتع بقدر من هذه السلطة في تقدير مضمون الإخلال بالالتزام بحثا عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين[1]. فإذا كان الإخلال بالالتزامات التعاقدية هو مناط الفسخ، إلا أنه يبقى البحث عن تحديد المقصود بهذه الالتزامات ومفهوم الإخلال بها، هل اتجهت نية الأطراف إلى إعمال الفسخ في حالة مخالفة كافة الالتزامات الناجمة عن العقد رئيسية أم تبعية، وهل يقع الفسخ أيا كان قدر الإخلال بالالتزام جسيما كان أم يسيرا[2].

غير أنه لا يتمتع القاضي بنفس السلطة التقديرية التي تكون له عند خلو العقد من الاتفاق على الشرط الصريح الفاسخ. ففي هذه الحالة يحكم القاضي بالفسخ عند إخلال المدين بالتزام رئيسي أو تبعي، يترتب على عدم تنفيذه ما فات مصلحة الدائن من الالتزام الرئيسي.

ففي عقد البيع يمثل نقل الملكية في مقبل دفع الثمن الالتزام الرئيسي قي العقد، ويعتبر كل من الالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان (عدم التعرض والعيوب الخفية) من الالتزامات التبعية التي يؤدي الإخلال بها إلى الحكم بالفسخ، لأن تخلفها يفوت على المشتري الفائدة من نقل الملكية، وكذلك الحال بالنسبة لتخلف البائع عن تسليم ملحقات أو توابع الشيء المبيع إذا كانت تمثل قيمة كبيرة بالقياس إلى قيمة الشيء الأصلي[3].

1- د محمد حسنين، **الوجيز في شرح القانون ...**، مرجع سبق ذكره، ص.76

2 - La résolution du contrat..,p 2, voir : http : // www.scribd.com

3- د محمد حسن قاسم، **الموجز في عقد البيع**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، .1996، ص47

الفرع الثاني

دور القاضي في إعمال الشرط

الأصل أن الشرط الصريح الفاسخ يقتضي الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام، طالما كانت صيغته صريحة و دالة على وجوب الفسخ حتما بمجرد تحققه (أولا) ، غير أن هناك بعض الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله رغم النص عليه في العقد(ثانيا).

أولا: إعمال القاضي للشرط الصريح الفاسخ

إذا تحقق القاضي من وجود الشرط الصريح الفاسخ بالعقد، فان سلطته التقديرية في الحكم بالفسخ تختفي مباشرة، و يقتصر دوره على إعمال الشرط المذكور، أي تقرير وقوع الفسخ عند التحقق من توافر شروطه. وليس للقاضي أمام تمسك الدائن بالفسخ قبول التنفيذ المتأخر من المدين، أو منحه مهلة للوفاء بالتزامه.

إن إعمال الشرط الصريح الفاسخ مرتبط بالتحقق من أمرين، الأول إخلال المدين بالالتزام، و الثاني تعبير الدائن عن إرادته في التمسك بفسخ العقد. ذلك أن الفسخ لا يقع حتى مع وجود الشرط إلا إذا اختار الدائن ذلك، فله الخيار دائما بين التمسك بفسخ العقد أو طلب تنفيذه[1].

لذلك لا يقع الفسخ إلا من وقت إعلان الدائن عن رغبته في ذلك.غير أنه لا يقتضي ذلك رفع دعوى لطلب الفسخ أو صدور حكم به، بل يكفي أن يتمسك به الدائن في مواجهة المدين، ولا يسمح لهذا الأخير التمسك بالفسخ حتى لا يستفيد من خطئه. إلا أنه يتصور أن يكون الشرط الصريح الفاسخ مقررا لصالح الطرفين، فيحق لكل منهما بوصفه دائنا التمسك بالشرط عند إخلال الطرف الآخر بالتزامه[2].

1- د محمد حسين منصور، **الشرط الصريح**...، مرجع سابق ص97.

2-د مصطفى عبد السيد الجارحي، "فسخ العقد..."، مرجع سابق، ص202.

فالأصل أن للدائن حقا في أن يطلب من القاضي التحلل من العقد بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته التعاقدية، وله أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة متى تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فله أن يتمسك به.

ثانيا : موانع إعمال الشرط الصريح الفاسخ

يحول دون إعمال الشرط الصريح الفاسخ تنازل الدائن عن طلب الفسخ أو قبول الدائن الوفاء المتأخر، طلب الدائن التنفيذ العيني، وخطأ الدائن المتسبب في عدم التنفيذ مشروعية امتناع المدين عن التنفيذ وحسن نية المدين.

1- تنازل الدائن عن طلب الفسخ

الفسخ حق للدائن في حالة إخلال المدين بالتزاماته المتولدة عن العقد، إلا أنه وفقا للقواعد العامة يسقط حقه في طلب الفسخ إذا تنازل عنه صراحة أو ضمنا.ومن ثم يكون للقاضي إن تبين له أن الدائن قد تنازل عن حقه في التمسك بالشرط الصريح الفاسخ أن يرفض إعمال المادة 120 من القانون المدني، ويعمل بدلا منها المادة 119المتعلقة بالفسخ القضائي.

يجوز للدائن طبقا للقواعد العامة التنازل عن الحق في الفسخ بعد تحقق سببه، أي بعد إخلال المدين بتنفيذ التزامه، وعلى هذا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على استبعاد الفسخ في جميع حالات عدم التنفيذ، أو بالنسبة إلى بعض الحالات دون الأخرى. كما يجوز لهما الاتفاق على أن ينزل أحدهما أو كلاهما سلفا عن الحق في طلب الفسخ[1].

يمكن أن يعبر الدائن عن إرادته في النزول عن طلب الفسخ صراحة أو ضمنا وطبقا للقواعد العامة يكون التعبير عن الإرادة باللفظ، و بالكتابة، وبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود.

1- د. عبد الحي حجازي،" مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص 471 .

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا[1].

كما يستطيع الدائن النزول صراحة عن الحق في الفسخ سواء في العقد أو في تصرف لاحق، أو حتى شفاهة. والنزول لا يفترض ولا يجوز التوسع في تفسيره، فيتعين على القاضي أن يكون متشددا في استنتاج النزول الضمني، فيجب ألا يكون في الواقعة التي يراد استنتاج النزول منها أي شك، وأن يكون المؤكد أن نية من صدرت منه هذه الواقعة تأخذ المعنى الذي يراد إعطاؤه لها[2].

بذلك يمكن أن يستنتج النزول الضمني عن طلب الفسخ من سكوت الدائن عن التمسك به. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه" لا يؤدي تحقق الشرط الصريح الفاسخ إلى انفساخ العقد مادام لم يتمسك بإعماله صاحب المصلحة فيه، فالفسخ لا يقع تلقائيا أو بحكم المحكمة إلا إذا تمسك به الدائن بالالتزام الذي تم الإخلال به، والسكوت عن ذلك يمكن تفسيره على أنه من قبيل التنازل عن الفسخ. وقد لا يعد سكوت الدائن تنازلا عن طلب الفسخ، بل من قبيل التمهل في استعمال الخيار بينه وبين التنفيذ، أو التسامح مع المدين بمنحه أجلا قصيرا للتنفيذ.

2- قبول الدائن للوفاء المتأخر

يستطيع المدين في حالة خلو العقد من الشرط الصريح الفاسخ، توقي الفسخ بالوفاء بالالتزام قبل صدور الحكم النهائي بالفسخ. أي أن الوفاء قبل الحكم يمنع من القضاء

1- د مصطفى عبد السيد الجارحي، "فسخ العقد ..."، مرجع سابق، ص203

2 - وتستقر محكمة النقض المصرية في هذا الصدد على أن " استخلاص تنازل المتعاقد عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ الوارد بالعقد، يعد من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع، والمجادلة في ذلك لا تعدو أن تكون جدلا موضوعيا مما يستقل به قاضي الموضوع ." نقلا عن: د. محمد حسين منصور، **الشرط الصريح...**، مرجع سابق، ص100.

بالفسخ ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الوفاء المتأخر يسبب ضررا للدائن،و ذلك على نحو لا يجدي معه القضاء له بالتعويض عن هذا التأخير[1].

يختلف الأمر في حالة وجود الشرط الصريح الفاسخ حيث ينفسخ العقد بناء على طلب الدائن بمجرد إخلال المدين بالالتزام. ولا يلزم أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بل يجوز للمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل، و متى وقع الفسخ فان الوفاء المتأخر ليس من شانه أن يعيد العقد بعد انفساخه[2].

إلا أن قبول الدائن للوفاء المتأخر يعد تنازلا منه عن إعمال الشرط الفاسخ الصريح. وعلى القاضي أن يتأكد من أن الدائن قد أسقط حقه في طلب الفسخ بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد، و ذلك باستخلاص الظروف والاعتبارات التي تدل على النزول عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ[3].

3- طلب التنفيذ العيني

يحق للدائن عند إخلال المدين بالتزامه أن يطلب التنفيذ العيني أو الفسخ، كما له أن يعدل عن أي من الطلبين إلى الآخر بعد رفع الدعوى، وهذا الخيار مقرر للدائن سواء تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا أو ضمنيا[4]. ولا ينال من إعمال الشرط الصريح الفاسخ أن يكون لصاحبه الخيار بينه و بين التنفيذ ،إذ يبقى له دائما الخيار بين إعمال أثره وبين المطالبة بالتنفيذ العيني[5].

يستطيع الدائن المطالبة بفسخ العقد إعمالا لحكم الشرط الصريح الفاسخ الذي يسلب القاضي سلطته التي يتمتع بها عندما يتعلق الأمر بالفسخ القضائي. غير أن ذلك لا يمنعه

1- د أمجد محمد منصور، **النظرية العامة..**، مرجع سابق، ص217.

2- د. محمد حسين منصور، **الشرط الصريح الفاسخ...**، مرجع سابق، ص 102 .

3- نفس المرجع ، ص 107.

4- د . محمد حسين منصور، **الشرط الصريح...**، مرجع سابق، ص 108 .

5- د. عبد الحي حجازي،" مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص 107 .

من التحقق من توافر ذلك الشرط بعد أن يطالب به الدائن، ويتمسك به باعتبار أن الفسخ شرع في هذه الحالة لمصلحته وحده و لا يجوز للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه[1].

كما يمكن للدائن مطالبة مدينه بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا بدلا من التمسك بالفسخ. و لا تعتبر المطالبة بالتنفيذ نزولا من الدائن عن حقه في المطالبة بالفسخ، بل يبقى الخيار مفتوحا أمامه بين فسخ العقد و التنفيذ المتأخر له، لأن التنفيذ هو المقتضى الطبيعي للعقد، أما الفسخ فهو إجراء احتياطي لتقوية حماية حق الدائن عند عدم تنفيذ المدين لالتزامه[2].

بذلك يتضح أن المطالبة بالتنفيذ المتأخر لا تعني التنازل عن طلب الفسخ ما لم يعلن الدائن عن ذلك صراحة أو ضمنا، باتخاذ إجراء أو مباشرة تصرف يقطع بتمسكه بتنفيذ العقد رغم إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته. حيث أن التنازل الضمني عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها التنازل عنه[3].

4- خطأ الدائن المتسبب في عدم التنفيذ

إذا تسبب الدائن بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي فلا مجال لإعمال الشرط الفاسخ ولو كان صريحا. إذ يعتبر خطأ الدائن مانعا من موانع إعمال الشرط الصريح الفاسخ، والقاضي عند التحقق من قيام ذلك الشرط يراقب الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله، فان تبين له أن الدائن هو الذي تسبب بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه وجب عليه التجاوز عن الشرط المذكور[4].

فالفسخ جزاء لعدم تنفيذ المدين سيء النية لالتزاماته. وهو في ذات الوقت وسيلة لتقوية مركز الدائن من خلال مساعدته على التحلل من رابطة عقدية غير منتجة لأثارها

1- د محمد حسين منصور، **الشرط الصريح ...**، مرجع سابق، ص111.
2- د. عبد الحي حجازي، " مدى خيار الدائن..."، مرجع سابق، ص 123 .
3- د. محمد حسين منصور، **الشرط الصريح**...، مرجع سابق، ص 112 .
4 - Caroline DUPARC, **L'ordre de l'exécution**..., Op.cit, p 156.

المرجوة بسبب تعنت المدين، ومن ثم لا يمكن إعمال الفسخ في حالة سوء نية الدائن المتسبب بخطئه في عدم تنفيذ المدين حسن النية لالتزاماته[1].

إذ لا ينبغي طبقا للقواعد العامة تمكين المخطئ من الاستفادة من خطئه، وذلك بإتاحة الفرصة للدائن الراغب في التحلل من الرابطة العقدية أن يعيق تنفيذ المدين لالتزاماته، ثم يتخذ ذلك ذريعة للمطالبة بفسخ العقد إعمالا للشرط الفاسخ الصريح أو الضمني[2] .وبذلك إذا كان عدم التنفيذ راجعا إلى خطأ الدائن فلا يجوز له طلب الفسخ حتى لو تضمن العقد شرطا فاسخا صريحا، ويستطيع المدين تنفيذ التزامه عينا طالما كان ذلك ممكنا ويقتضي تنفيذ الالتزام المقابل لالتزامه.

أما إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بخطأ الدائن فانه يحكم بالفسخ مع تعويض المدين عن الأضرار التي أصابته من جراء خطأ الدائن المتسبب في عدم تنفيذ العقد. ويكون الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية إذا كان خطأ الدائن داخلا في النطاق العقدي وتكون تقصيرية إذا كان خارج العقد[3].

وتتمثل أوجه خطأ الدائن الذي يتسبب في عدم تنفيذ المدين لالتزامه و يمنع إعمال الشرط الصريح الفاسخ في:

- يمكن أن يتسبب الدائن في إتلاف أو هلاك الشيء موضوع التعاقد الذي يلتزم المدين بتسليمه على نحو يصبح معه تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا. هنا يحكم القاضي بالفسخ مع تعويض المدين عما لحقه من أضرار وما فاته من كسب طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية لأن خطأ الدائن وإن كان قد وقع بمناسبة وجود عقد بين الطرفين إلا أنه لا يعد إخلالا بالتزام يدخل في مضمون هذا العقد[4].

1– د عبد الحي حجازي،" مدى خيار الدائن.."، مرجع سابق، ص 124

2- د مصطفى عبد السيد الجارحي،" فسخ العقد..."، مرجع سابق، ص204.

3- نفس المرجع، ص205.

4- د. محمد صبري السعدي، **مصادر الالتزام...**، مرجع سابق، ص 387.

– ويمكن أن يتسبب الدائن بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه كأن يقوم بتزويده ببيانات غير صحيحة توقعه في التنفيذ الخاطئ للالتزام. ففي هذه الحالة لا يقبل من الدائن الاستفادة من خطئه، ويرفض بذلك القاضي إعمال الشرط الصريح الفاسخ ويتيح للمدين تنفيذ التزامه عينا متى كان ذلك ممكنا[1].

أما إذا استحال التنفيذ حكم القاضي بالفسخ مع تعويض المدين عن كل ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة طبقا لقواعد المسؤولية العقدية، لأن خطأ الدائن يتمثل في الإخلال بأحد الالتزامات الناتجة عن العقد ،ألا وهو تزويد المدين بالمعلومات والبيانات التي تحدد معالم الالتزام المطلوب[2].

ويظهر خطأ الدائن أيضا إذا امتنع عن أداء دوره في تنفيذ الالتزام الذي يقتضي تنفيذه التعاون بين الدائن والمدين في إتمام هذا التنفيذ، كالقيام بإجراءات نقل ملكية الشيء المبيع ويحق للقاضي أن يرفض دعوى الفسخ إذا كان على الدائن واجب بالتعاون مع المدين على تنفيذ الالتزام و لم يفعل، كما في حالة المشتري الذي لم يتعاون مع البائع في إتمام إجراءات نقل رخصة السيارة المبيعة لاسمه[3].

كما يتمثل خطأ الدائن أيضا في امتناعه عن القيام بما يوجبه عليه القانون أو الاتفاق لاستيفاء دينه. كعدم انتقاله إلى موطن المدين لتحصيل الدين، و يبدو خطأ الدائن أيضا في حالة رفضه قبول الوفاء الصحيح المعروض عليه من المدين، أو تعسفه في هذا القبول.

5-مشروعية امتناع المدين عن التنفيذ

يعتبر الامتناع المشروع للمدين عن تنفيذ التزامه مانعا يحول دون إعمال الشرط الصريح الفاسخ. حيث أنه يتوجب لإعمال هذا الشرط أن يتخلف المدين عن الوفاء بغير حق، أما إذا كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعا، و ذلك بناء على الدفع بعدم التنفيذ في

---

1 - د. محمد حسين منصور، **الشرط الصريح**...، مرجع سابق، ص 113 .

2- د محمد صبري السعدي، **مصادر الالتزام...**، مرجع سابق، ص 388.

3 - Caroline DUPARC, **L’ordre de l’exécution**..., p 157.

حالة توافر شروطه، فيجب على القاضي أن يتجاوز عن شرط الفسخ ألاتفاقي فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي[1].

يقصد بالدفع بعدم التنفيذ أنه إذا أخل أحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين بالتزامه، فللمتعاقد الآخر أن يوقف تنفيذ التزامه حتى ينفذ الطرف الآخر التزاماته. ويؤسس الدفع بعدم التنفيذ على فكرة الالتزامات المتقابلة، فالتنفيذ من جهة يكون مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى[2].

غير أنه لا يكفي للتمسك بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزما للجانبين، وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب التنفيذ حالا. بل يجب إلى جانب ذلك ألا يتعسف الطرف المقرر لمصلحته هذا المبدأ في استعمال هذا الدفع، فلا يجوز أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف، الذي لا يكون متفقا مع ما يوجب توافره من حسن النية[3].

لذلك يشترط الأمر ضرورة مراعاة حسن النية في التمسك بهذا الدفع، فينبغي عدم التعسف في استعمال هذا الحق، إذ القاعدة أنه يجب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود .فإذا كان من يتمسك بالدفع هو الذي تسبب في تأخير تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه، أو كان ما بقي من التزام هذا الآخر يسيرا بالنسبة إلى ما نفذ من الالتزام في جملته، فانه لا يحق للمتعاقد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وإلا عد متعسفا في استعمال حقه[4].

6-حسن نية المدين

يعتبر الفسخ جزاء لإخلال المدين بالتزاماته التعاقدية، لذا يستقر الفقه و القضاء على أن عدم التنفيذ الذي يرجع إلى خطأ المدين هو شرط إعمال الفسخ القضائي أو الاتفاقي.

1- د. محمد حسين منصور، **الشرط الصريح...**، مرجع سابق، ص 120 .

2- د. محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني...**، مرجع سابق، ص 390 .

3- د. محمد حسين منصور، **الشرط الصريح...**، مرجع سابق، ص 124 .

4- د. توفيق حسن فرج ، مصطفى الجمال، **مصادر و أحكام ...**، مرجع سابق، ص ص 340-341.

وبذلك إذا لم يكن هناك خطأ من المدين نشأ عنه عدم التنفيذ، جاز للمدين أن يطلب من القاضي منع إعمال الشرط الصريح الفاسخ.

فمن المبادئ المسلمة وجوب مراعاة حسن النية في الاتفاقات، وأنه مما يخالف مقتضى مبدأ حسن النية إعمال الشرط الصريح الفاسخ لمجرد وقوع أي مخالفة في التنفيذ مهما قلت أهميتها، ودون اعتبار لحسن أو سوء نية المدين. ولذلك يجوز للقاضي عند اشتمال العقد على مثل هذا الشرط أن يتدخل ويعطل حكمه نزولا على مقتضى حسن النية، وتطبيقا لمبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق[1].

1- د. محمد حسين منصور، **الشرط الصريح**... مرجع سابق، ص 127 .

خلاصة الفصل الثاني

للقاضي دورا هاما في مجال الفسخ القضائي أو الاتفاقي، إذ يتمتع القاضي بصدد الفسخ القضائي بسلطة تقديرية واسعة في الحكم بالفسخ أو عدمه. فله أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه، كما يمكن له أن يرفض طلب الفسخ، وقد يكتفي بفسخ العقد فسخا جزئيا.

ويظهر دور القاضي عندما يكون الفسخ اتفاقيا في التحقق من وجود اتفاق على الفسخ و التعرف على طبيعته، من خلال الوقوف عند النية المشتركة للطرفين المتعاقدين بخصوص نوع الاتفاق، ومدى استبعادهما لسلطة القاضي التقديرية في مضمون الاتفاق ليقرر حصول الفسخ من عدمه.

خاتمة

إن الغرض الأصلي من إبرام العقود هو السعي إلى تنفيذها، فالعقد إنما وضع لتحقيق الهدف الذي يبتغيه المتعاقدان من التعاقد. فيلتزم كل طرف باحترام بنود العقد وتنفيذها بحسن نية تطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. وفي حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته العقدية، فانه ينشأ للطرف الآخر في العقد الحق في التحلل من الرابطة العقدية.

وبذلك يعتبر نظام الفسخ حماية أقرها القانون للمتعاقد الدائن في العقود الملزمة للجانبين ليضمن به حقوقه الناشئة عن العقد الذي يربطه بالمدين. و هو إجراء احتياطي يلجأ إليه الدائن في حالة عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بما وصل إليه الفكر القانوني الحديث، حيث جعل القاعدة العامة أن يكون فسخ العقد قضائيا و استثناء يكون فسخا اتفاقيا. و بذلك يقتضي المبدأ العام ضرورة اللجوء إلى القضاء المختص من طرف الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ للمطالبة بحل الرابطة التعاقدية حتى يحق له بعد ذلك التحلل من التزاماته نحو المتعاقد الآخر الذي لم يقم بتنفيذ ما رتبه العقد من التزامات على عاتقه.

إن إقرار المشرع لهذا المبدأ إنما أراد به حماية العقد والطرفين المتعاقدين في نفس الوقت، ذلك أنه إذا سمح للدائن اقتضاء حقه بنفسه فإن هذا الوضع سيؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات الذي ينجم عن تعسف الدائن في استعمال حق الفسخ.

غير أنه يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق مسبقا على فسخ العقد، وبذلك يحق لأي منهما التحلل من العقد حين لا ينفذ المتعاقد الآخر التزامه. ويرد الاتفاق في شكل شرط صريح فاسخ يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون لمجرد عدم التنفيذ.

يلعب الشرط الصريح الفاسخ دورا هاما في نطاق العقود الملزمة للجانبين، وذلك بفضل المزايا التي يوفرها للمتعاقدين والفوائد التي يحققها في مجال العلاقات القانونيـــة. ذلك أن تضمين العقد لهذا الشرط من شأنه حث كل طرف فيه على تنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث أن عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد سيؤدي إلى زوال العلاقة التعاقدية بقوة القانون بمجرد إبداء الطرف الآخر رغبته في ذلك.

ولقد منح القانون للمتعاقد الدائن الذي يرغب في التحلل من العقد حق الخيار بين طلب تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا أو التمسك بطلب الفسخ. كما أنه يستطيع العدول عن أي الطلبين إن أراد ذلك، بشرط ألا يكون قد صدر حكم نهائي في الدعوى عندما يكون الفسخ قضائيا.

غير أنه إذا كان للدائن الحق في فسخ العقد بسبب إخلال المتعاقد معه بالتزاماته، فإن هذا الحق المعترف به قانونا وقضاء محدود. لذلك لقد خول القانون للقاضي سلطة التدخل في مجال الفسخ حماية لاستقرار المعاملات بين الأفراد، وتفاديا لما قد يحصل من نزاعات بين الأطراف المتعاقدة بشأن تنفيذ العقد. وبذلك يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة سواء في الفسخ القضائي أو الاتفاقي.

ففي مجال الفسخ القضائي نجد أن القاضي لا يستجيب دائما لطلب الفسخ الذي يصدر من الدائن ، بل له الخيار في الاستجابة أو عدمها رغم إصرار الدائن على الفسخ. حيث يمكن له أن يمنح المدين أجلا لتنفيذ التزامه إذا رأى مبررا لذلك ، كما يمكن له أن يحكم بالفسخ إذ توفرت شروطه، أو يرفض طلب الفسخ نهائيا و يقضي بتعويض مناسب للدائن جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه. كما يمكن له أن يقضي بالفسخ الجزئي للعقد ، إذا قدر أن عدم التنفيذ الجزئي للعقد لم يبلغ قدرا من الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته، لأن الفسخ الجزئي يكون في هذه الحالة أكثر ملائمة للطرفين المتعاقدين.

و يظهر دور القاضي عندما يكون الفسخ اتفاقيا من خلال التحقق من صحة وجود اتفاق على الفسخ الذي اتفق عليه المتعاقدين في العقد و مدى مشروعيته ليقوم بعد ذلك بإعماله. حيث يعد هذا الاتفاق بمثابة ضمان يؤمن مركز الدائن التعاقدي ، حيث يعطيه سلطة اتخاذ القرار في التمسك بالفسخ بإعلانه عن رغبته في ذلك بمجرد عدم التنفيذ .

فإذا تحقق القاضي من وجود الشرط الصريح بالعقد فإن سلطته التقديرية في العقد تختفي مباشرة. و يقتصر دوره على إعمال الشرط المذكور، أي تقرير وقوع الفسخ عند التحقق من توافر شروطه، أما إذا وجد القاضي ما يمنع إعمال الشرط الفاسخ فإنه للقاضي أن يرفض إعماله بما له من سلطة تقديرية في هذا المجال.

قائمة المراجع

باللغة العربية

أولا - الكتب

1-أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

2- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دراسة فقهية وقضائية، د.ب.ن ، 2002.

3-أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز، جامعة اربد، الأردن، 2003.

4-د أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، الإسكندرية، د ت ن

5- د.العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول ، التصرف القانوني – العقد والإرادة المنفردة- ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

6- توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد، الجزء الثاني، الدار الجامعية، بيروت، 1993.

7- حسين تونسي، انحلال العقد- دراسة تحليلية وتطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة- دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

8- حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، دار هومة، الجزائر، د.ت.ن.

9-خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية،

10- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، ط ، بيروت، د ت ن

11- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنته بالشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مكتبة صارو، بيروت، د ت ن

12- د-عبد الحكم فوده، إنهاء القوة الملزمة للعقد- دراسة تحليلية على ضوء قضاء النقض- دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 2000.

13- د-عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزامات – نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، 1998.

14- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصرين دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ن.

15- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، المجلد الثاني، الإسكندرية، د.ت.ن.

16- د-عبد الحميد الشواربي ، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية ، الطبعة الثالثة، د.ت.ن.

17- د عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني، منشأة المعرف، الإسكندرية

18- عبد الكريم بلعيور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 2001.

19- عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، د.ت.ن.

20- عبد القادر الفار، أحكام لالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،

21- علي فيلالي، الالتزامات- النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر،2001.

22- عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دراسة تحليلية تاصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ت ن

23- علي عوض حسن، الصيغ النموذجية للعقود والتصرفات القانونية، در الفكر الجامعي، الإسكندرية

24- د-محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، بيروت، 2000.

25- د-محمد حسين منصور ، الشرط الصريح الفاسخ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.

26- محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام المصادر، الأحكام ، الإثبات- دراسة تفصيلية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، القاهرة، 2007.

27- محمد عبد الظاهر حسين، دعاوى عقد البيع،شروطها، آثارها، مواعيد سقوطها، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1995.

28- د. محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الدر العلمية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.

29- د محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية

30- محمد جسنين، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديون المطبوعات الجامعية، الجزائر

31- محمد حسنين قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت

32- مصطفى العوجي، القانون المدني ، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، بيروت، د.ت.ن.

33- د. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000.

34- مصطفى مجدي هرجة، فسخ عقد الإيجار، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر

35- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية- دراسة تحليلية وتطبيقية- دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

36- د. همام محمد محمود زهران، الأصول العامة للالتزام ، نظرية العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

37- ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الآردني، الدار الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

ثانيا – المذكرات الجامعية

1- إبراهيم بن حرير، السلطة التقديرية للقاضي المدني- دراسة تحليلية ونقدية- رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، ابن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1994-1995.

2- خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ ، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001-2002.

3- صالح كردالي، الإبراء من الالتزام في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، بحث لنيل دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1986-1987.

4-عبد الله نجاري، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، أفريل 1983.

5- فاطمة الزهراء تبوب، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات المدني، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، ابن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 1996-1997.

6- فريدة دحماني، الضرر كأساس للمسؤولية المدنية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2004-2005.

7- محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، ، جامعة الجزائر، 1986.

8- محمد سعيد جعفور، إجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، بحث للحصول على دبلوم الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، ، جامعة الجزائر، جوان ، 1986.

9- مسعودة مروش، عقد المقاولة في القانون المدني الجزائري، بحث للحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق ، الجزائر، د.ت ن.

ثالثا – المقالات

1- د.عبد الحي حجازي، "مدى خيار الدائن بين طلب التنفيذ والفسخ"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين الشمس، العدد الأول السنة الأولى 1959 ص ص1-90 ، العدد الثاني السنة الأولى، 1959، ص ص115-161، العدد الأول السنة الثانية،1960، ص ص163-255، العدد الثاني السنة الثانية 1960، ص ص260-479.

2-محمد لبيب شنب، "الجحود المبتسر للعقد"،دراسة في القانون الأمريكي مقارنة بالقانونين المصري والفرنسي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة عين الشمس، العدد الأول والثاني، 1961 ، ص ص139-165.

3- مصطفى عبد السيد الجارحي، "فسخ العقد"، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، مطبعة جامعة القاهرة 1988، ص ص1-130.

4- محمد عكروش ، مؤسسة الوجدة للصحافة والطباعة والنشر، دمشق ، سوريا، فسخ العقد وفقا لنصوص القانون ص ص 1-5، http://www.justice-lawhome.com

5- سويد أحمد سلطة القاضي في إيقاع الفسخ القضائي ص ص 1-4، htpp://www.cadresonline.com

6-عبد الرحمن بن عايد بن خالد، أسباب انحلال العقود المالية، ص ص 1-4 http://www.feqhweb.com

7-علي بن سليمان، دروس في مادة الالتزامات، ص ص 1-5 http://www.palmoon.net

8-طه محمود عبد الجليل، الشرط الفاسخ الصريح،1-4
http://www.mohamoon.com، 2009/10/29

9-.رزق بن مقبول الحمدان الريس، فسخ العقود المتبادلة بين الجانبين، ص ص 1-
http://www.f.law.net6

رابعا –النصوص القانونية

- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، ج ر، ع 78 لسنة 1975 معدل ومتمم.

- قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، ع 21 لسنة 2008.

خامسا- الاجتهاد القضائي

- قرار المحكمة العليا رقم 115182 الصادر بتاريخ 1994/03/21، م ق، ع 2، 1994، ص ص 167-169.

- قرار المحكمة العليا رقم 212782صادر بتاريخ 12 /2000/01، م ق، ع 1، 2001، ص ص 114-116 .

- قرار المحكمة العليا رقم 198934 الصادر بتاريخ 2000/04/11، م ق ، ع1، 2001، ص ص 181-185.

- قرار المحكمة العليا رقم 225843 صادر بتاريخ 2002/02/20، المجلة القضائية ، العدد الثاني، 2002، ص ص 370-373.

- قرار المحكمة العليا رقم 262005 الصادر في 2002/01/08، م ق، ع 2، 2002، ص ص 263-269.

باللغة الفرنسية

OUVRAGES

1- CHATILLON Stéphane, Le contrat international, Vuibert, 3ème Ed, Paris, 2007.

1- ANTONMATTEI Paul-Henri, RAYNARD Jacques, Droit civil – contrats spéciaux, Edition juris-classeur, 4ème Ed, Paris, 2004.

2- CABRILLAC Rémy, Droit des obligations, Dalloz, 2ème Ed, Paris, 1993.

3- CARBONNIER Jean, Droit civil, les obligations, p.u.f, Paris.

4- CHABAS François, MAZEAUD (Henri, Léon, Jean), Leçons de droit civil, obligation- théorie générale- Delta, 9ème Ed,2000.

5- COLLAR DUTILLEUL François, DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 3ème Ed, Paris, 1996.

6- DELEBECQUE Philippe, Le contrat d'entreprise, Dalloz, Paris, 1993

7- ENCINAS DEMUNAGORRI Rafael, L'acte unilatéral dans les rapports contractuels, L.G.D.J, Paris.

8- FORRAY Vincent, Le consensualisme dans la théorie générale du contrat, L.G.D.J, E.J.A,Paris, 2007 .

9- GENECON S, La résolution du contrat pour inexécution, bibliothèque de droit privé, Paris, 2007.

10- GHESTIN Jacques, De l'obligation d'information dans les contrats- essai d'une théorie- L.G.D.J,Paris, 1992.

11- GHESTIN Jacques, Traité de droit civil, la formation du contrat, 3ème Ed, L.G.D.J, E.J.A, Paris, 1993.

12- GUELFUCCI-Thiberge Catherine, Nullité, restitution et responsabilité, L.G.D.J, E.J.A, Paris, 1992.

13- GUIHO Pierre, PEYRARD Jacques, Droit civil, les obligations, Tome 2, le régime générale , L' HERMES, 3ème Ed, Paris, 1992.

14- HUET Jérôme, Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, p.u.f,Paris, 1996 .

15- LAPOYADE DESCHAMPS Christian, Droit des obligations, Ellipses, Paris, 1998.

16- LE TOURNEAU Philippe, Droit de la responsabilité et des contras, Dalloz, 6ème Ed, Paris, 2006.

17- LE TOURNEAU Philippe, Responsabilité civile professionnelle, Dalloz, 2ème Ed, Paris, 2005.

18- PANSIER Frédéric – Jérôme, WINTGEN Robert, Cinquante commentaires d'arrêts en droit des obligations, Ellipses, Paris, 2000.

19- PELLE Sébastien, La notion d'interdépendance contractuelle-contribution a l étude des ensembles de contrats, Dalloz, Paris, 2007.

Articles

1-DUPARC Caroline, « L'ordre de l'inexécution des obligations contractuelles », R.R.J,droit prospectif , Presse Universitaire D'Aix Marseille, puam, 2005,pp137-164.

2-FAGES Bertrand, « Obligations et contrats spéciaux, obligations en générales », R.T.D, n°1, 2008, pp 1-6.

3-FATHI Abdel Rahim Abdallah, « L'exécution en nature du contrat en droit compare(Egypte, France, Angletere) », Revue al quanoun wal iqutisad, pp1-60.

4-GENECON Thomas, « La résolution du contrat pour inexécution », http:// www.lg dj.fr.pp 1-3.

5-JOURDAN Patrice, « Responsabilité civile », droit commun de la responsabilité, R.T.D, n°1, 2008, pp 1-4.

6-VETU Fabric, «L'enexécution contractuelle et la faute délectuelle », R.R.J,Droit prospectif, Presse Universitaire D'Aix –Marseille, PUAM, 2005,p p 108-136.

7- Christina CORGAS ,La résolution du contrat pp 1-3., http:/www.oboulo.com.

8-Résolution en droit civil français, pp 1-3. http://fr.wikipedia.org.

9-Inexécution des obligations et résolution pp1-4, http:// www.Lexinter.net.

11-Le juge et la résolution du contrat inexécuté, pp 1-3 http://www.Accademon.fr.

12-La distinction entre résolution et résiliation en matière contractuelle,pp 1-5 http:// www.Unicaen.fr.

13-La résolution du contrat, pp1-4 http:// www.scribd.com..

15-La protection des parties dans le contrat,pp1-4 http://www.batirenover.com.

17-Comment comprendre la résolution judiciaire du contrat, pp1-5.http://www.commentfaiton.com.

18-Les raisons de la résiliation du contrat,pp 1-3 http:// www.echosdunet.net

19-Résiliation du contrat,pp 1-5 http:// www.lawperationnel.com.

23-Inexécution du contrat synallagmatique,pp 1-4 http:// www.lemonde politque.fr/com/droits…/inexécution.htm.

25-Résiliation des contrats,http:// www.ariase.com/resiliation/index.html.

26-Les conditions de résiliation du contrat,pp 1-3 http://www.jurisconsulte.net.

29- Gille CARNOY,La nullité ou la résolution du contrat,pp 1-3 http:// www.lecide.fr.

فهرس

الفصل الثاني: حدود ممارسة الدائن لحق طلب الفسخ

إن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية يعطي للطرف الأخر في العقد الحق في طلب التحلل من الرابطة العقدية ليتخلص بدوره من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد. يكون الفسخ كقاعدة عامة أمام القضاء، غير أنه يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق مسبقا على فسخ العقد.ولقد منح القانون للطرف الدائن في العقد حق الخيار بين طلب التنفيذ العيني للالتزام أو طلب الفسخ، و يكون له هذا الخيار سواء في الفسخ القضائي أو الاتفاقي.

غير أنه إذا كان للدائن الحق في طلب فسخ العقد بسبب إخلال المتعاقد معه بالتزاماته، فإن هذا الحق المعترف به قانونا وقضاء محدود. لذلك خول القانون للقاضي سلطة التدخل حماية لاستقرار المعاملات بين الأفراد، و تفاديا لما قد يحصل من نزاعات بين الأطراف المتعاقدة، إذ يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في مجال الفسخ القضائي أو الاتفاقي.

Lorsque dans un contrat synallagmatique, l'un des contractants n'exécute pas son obligation, l'autre partie peut demander la résolution du contrat.77

En règle générale, la résolution doit être demandée en justice. exceptionnellement les parties peuvent insérer dans le contrat une clause résolutoire, le contra sera résolu de plein droit, c'est une résolution conventionnelle.

Le créancier dispose d'un choix, il peut préférer l'exécution forcée de l'obligation, ou la résolution du contrat. Il faut que la résolution soit accordée par le juge pour lequel elle est également facultative.

Le juge peut accorder un délai, il peut même rejeter la demande en résolution. Enfin l'aménagement du contrat pourra prendre la forme d'une résolution partielle.